ÉTUDE ANNUELLE

2018

Le rôle normatif de la Cour de cassation



A V E R T I S S E M E N T

La Cour de cassation entend rappeler ce qui suit :

Direction artistique pour la couverture et les pages 1 et 2 : Service de communication de la Cour de cassation
ISBN : 978-2-11-145866-6
ISSN : 0984-5925

LISTE DES CONTRIBUTEURS

Ont contribué à l'étude sous la direction scientifique de Monsieur le professeur Fabien Marchadier :

Mme Stéphanie Ala
M. Lionel Ascensi
Mme Caroline Azar
Mme Élise Barbé
M. Jean-Jacques Barbieri
M. Olivier Becuwe
M. Patrick Beghin
Mme Claire Bonhert
M. Nicolas Bonnal
Mme Marie-Colette Brenot
Mme Sophie Brinet
Mme Catherine Brouard-Gallet
Mme Charlotte de Cabarrus
Mme Pauline Caby
Mme Sophie Canas
Mme Claire Carbonaro
M. Pascal Chauvin
Mme Anne-Lise Collomp
M. Alexis Contamine
M. François Cordier
Mme Claire Coutou
Mme Sophie Depelley
Mme Frédérique Dreifuss-Netter
Mme Fanélie Ducloz
Mme Domitille Duval-Arnould
M. Olivier Échappé
M. Thierry Fossier
Mme Maud Fouquet
M. Jean-Yves Frouin
Mme Stéphanie Gargoullaud
M. Savinien Grignon Dumoulin
Mme Géraldine Guého
Mme Valérie Guillaudier
Mme Marie-Liesse Guinamant
Mme Caroline Henry
M. Jean-Guy Huglo
Mme Annick Isola
M. Ludovic Jariel
Mme Françoise Laporte
M. Benoît Laurent
Mme Anne-Claire Le Bras
Mme Rachel Le Cotty
Mme Sylvia Le Fischer
M. Édouard de Leiris
Mme Anne-Laure Méano
Mme Sylvie Menotti
Mme Christine Moreau
M. Pierre Moreau
Mme Julie Mouty-Tardieu
Mme Nathalie Palle
M. Robert Parneix
Mme Laurence Pécaut-Rivolier
Mme Agnès Pic
Mme Élisabeth Pichon
Mme Nicole Planchon
Mme Sylvaine Poillot-Peruzzetto
M. Xavier Prétot
M. Dominique Pronier
Mme Murielle Robert-Nicoud
M. Cyril Roth
Mme Nathalie Sabotier
Mme Françoise Salomon
M. Renaud Salomon
M. Thierry Sihol
M. Olivier Talabardon
Mme Nina Touati
Mme Sylvie Tréard
M. Laurent Truchot
M. Samuel Vitse
M. Raphaël Weissmann

En collaboration avec le comité de suivi et d'harmonisation composé de :

Mme Claudie Aldigé
Mme Renée Koering-Joulin
M. Patrick Matet
M. Xavier Prétot
M. Bruno Sturlèse

La coordination a été assurée par le service de documentation, des études et du Rapport de la Cour de cassation (SDER), bureau des publications dirigé par Mme Irène Benac

SOMMAIRE

AVANT-PROPOS

par Monsieur Fabien Marchadier,
professeur à l'université de Poitiers

Consacrer l'étude annuelle au rôle normatif de la Cour de cassation apparaîtra provocateur. L'expression « rôle normatif » est rarement employée et son contenu demeure relativement incertain. Plus fréquemment, sont évoqués la portée normative des arrêts de la Cour de cassation et le pouvoir normatif dont elle est investie en tant qu'institution juridictionnelle. Ils constituent l'aspect le plus visible du rôle normatif de la Cour de cassation et ont, encore récemment, fait l'objet de riches et substantielles analyses [1]. Cette étude s'ajoute ainsi aux rapports, aux travaux et aux réflexions en cours sur l'évolution de la Cour de cassation, du point de vue de ses missions, de son office et de sa place parmi les institutions de la République [2].

Tous nourrissent un mouvement en faveur d'une valorisation du rôle normatif de la Cour de cassation au détriment de son rôle de juge de la légalité, de nature plutôt disciplinaire. Le rôle normatif consisterait à participer à la création de la norme, de la règle de droit, ainsi qu'à orienter et unifier la jurisprudence. Parmi toutes les propositions destinées à concrétiser ce projet, deux pistes ont été privilégiées : l'enrichissement de la motivation et le contrôle de proportionnalité, d'une part ; le filtrage des pourvois, d'autre part. La seconde suscite déjà de vives inquiétudes. L'allègement du rôle de la Cour et le gain de temps réalisé ne reçoivent pas toujours un accueil favorable. Laisser aux magistrats l'opportunité de se concentrer sur les affaires les plus importantes représenterait un prix trop élevé à payer. Car le filtrage des pourvois signifierait très concrètement, du point de vue des justiciables, une restriction inadmissible à l'accès au juge de cassation et, du point de vue des lois, un affaiblissement de leur autorité puisque certaines de leur violation échapperaient à tout redressement [3]. Les propositions de réforme avancées par la Cour de cassation ouvrent un débat et des améliorations pourraient être suggérées, notamment pour éviter d'institutionnaliser une indifférence coupable à l'égard des violations des droits fondamentaux qui ne seraient pas jugées significatives ou des violations de la loi qui, dans le même temps, ne menaceraient pas l'unité de la jurisprudence, puisque tels sont les principaux maux redoutés.

Cependant, en quoi recentrer le travail du juge de cassation sur l'unité de la jurisprudence, le développement du droit et la sanction de la violation des droits ou des libertés

1. Voir notamment D. Lanzara, « Le pouvoir normatif de la Cour de cassation à l'heure actuelle », *LGDJ*, 2017, et J.-B. Belda, « *Du discours sur l'office de la Cour de cassation. Contribution à l'analyse réaliste de la justice française* », Epitoge, 2018.

2. Voir notamment Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation, avril 2017.

3. T. Le Bars, « Menaces sur la cassation à la française : des propositions de réforme consternantes », *Gaz. Pal.* 10 avril 2018, p. 12 ; B. Haftel et L. Mayer, « Pour un accès démocratique à la Cour de cassation », Dalloz, 2018, p. 1653.

fondamentales est-il à ce point un problème ? Il appartiendrait donc au seul législateur et au seul pouvoir réglementaire d'adopter des normes répondant aux évolutions sociales et techniques ? Si l'autorité judiciaire ne s'était pas immiscée dans l'exercice de ce pouvoir, combien de temps aurait-il alors fallu attendre un droit de la responsabilité adapté à la révolution industrielle ? Combien de temps a-t-il fallu attendre une modernisation du droit des contrats et de l'indemnisation des accidents de la circulation ? Le juge n'a pourtant jamais été le strict serviteur de la loi et n'a jamais eu vocation à l'être. Les théories réalistes de l'interprétation ont permis d'envisager le phénomène de la jurisprudence source du droit sous un autre angle, mais elles ne l'ont pas créé. En outre, le souci d'assurer l'unité de la jurisprudence et l'interprétation uniforme de la loi ne reflète peut-être pas les origines du Tribunal de cassation, mais correspond à une présentation classique de l'institution et de sa mission [4].

Le plus gênant réside alors peut-être dans les mots qui sont employés. La Cour de cassation n'est-elle pas une cour suprême (qu'est-ce au demeurant qu'une cour suprême) ? La Cour de cassation ne garantit-elle pas déjà l'unité de la jurisprudence ? Ne participe-t-elle pas déjà à la création de la norme et à sa formulation ? En quoi l'activité normative de la Cour de cassation serait-elle plus acceptable en se réalisant avec pudeur et dans la discrétion (viser un principe ou un texte qui n'a rien à voir avec la règle sur laquelle se fondera la cassation n'est pas vraiment un modèle de discrétion) ? Il est difficile de nier que la Cour de cassation exerce une mission normative. Peut-être est-ce plus difficile de souligner qu'elle est « essentielle » [5].

Est-il au demeurant si simple de distinguer rôle normatif et rôle disciplinaire ? Traditionnellement, la Cour de cassation a pour fonction de contrôler la légalité et la régularité des décisions des juridictions du fond. L'article 604 du code de procédure civile en est l'expression lorsqu'il précise que le pourvoi en cassation « tend à faire censurer par la Cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit ». Le rôle de la Cour de cassation apparaît alors relativement étroit. Elle s'assure que les juges du fond se sont conformés à la règle de droit (qui ne s'identifie donc pas à la loi) dont elle garantit l'uniformité d'interprétation et d'application. Elle veille également au respect des règles d'élaboration des décisions qui lui sont soumises. Elle exerce, au sens large, un rôle disciplinaire. Une norme a été définie et elle sanctionne les juges du fond qui, par leur conduite ou leur activité, s'en écarteraient.

C'est déjà à ce titre que la Cour de cassation assume un rôle normatif, depuis toujours. Car la norme de référence pour évaluer les décisions qui lui sont soumises ne se résume pas à l'énoncé linguistique donné par le législateur. Cet énoncé prendra tout son sens juridique une fois que son interprétation aura été fixée par la Cour de cassation. En outre, la norme de référence fait parfois défaut ou se révèle inadaptée. C'est au juge qu'il appartient de compléter l'œuvre du législateur. La Cour de cassation a ainsi

4. S. Guinchard, A. Varinard, T. Debard, *Institutions juridictionnelles*, Dalloz, Précis, 14e éd., 2017, no 728 ; rappr. CEDH, arrêt du 31 mars 2015, S. C. Uzinexport S. A. c. Roumanie, no 43807/06, § 29.

5. Comp. Point de vue A. Bénabent, *D.* 2018, no 731, s'opposant au projet de filtrage des pourvois car les nouveaux cas d'ouverture seraient trop empreints de subjectivité et ne permettraient plus systématiquement de sanctionner la violation de la loi qui serait la fonction première de la Cour de cassation.

pour mission de clarifier, sauvegarder et développer les règles de droit, notamment en tranchant des questions juridiques de principe.

Surtout, ce rôle a considérablement évolué. Parce qu'il est souhaitable d'éviter des solutions contradictoires et le morcellement de l'ordonnancement juridique, l'unification de la jurisprudence est susceptible d'intervenir avant même qu'un juge n'ait statué sur l'affaire dont il était saisi. Depuis 1991, la Cour de cassation peut donner un avis destiné à éclairer les juges du fond sur une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges[6]. Cette évolution, audacieuse, reste mesurée. L'avis ne lie pas la juridiction qui l'a sollicité. Par ailleurs, lorsqu'elle se prononce, la Cour de cassation se contente rarement d'apprécier la seule conformité du jugement à la norme. Elle n'est pas indifférente aux conséquences sociales et économiques de ses décisions[7], conséquences qu'elle appréciera d'autant mieux en raison du rôle désormais reconnu au procureur général[8] et de l'officialisation de la pratique de l'*amicus curiae*[9]. Le revirement de jurisprudence et la rétroactivité qui lui est inhérente a ainsi conduit à ouvrir une réflexion sur les effets dans le temps des arrêts de la Cour de cassation en insistant sur le rayonnement normatif de son activité juridictionnelle[10]. Soucieuse de la nécessité de prendre en compte la portée effective de ses décisions sur l'accès au procès du justiciable, la Cour de cassation a choisi de moduler dans le temps les effets de ses revirements[11]. L'idée même de consacrer cette pratique s'est heurtée à des réactions indignées[12].

Et puis surtout, la Cour de cassation ne juge plus seulement les jugements. Elle est devenue, dans le contexte constitutionnel tel qu'il a été compris et interprété par le Conseil constitutionnel, juge de la loi au regard des engagements internationaux de la France, qu'ils soient antérieurs ou postérieurs à celle-ci. Dans cette perspective, la Cour de cassation est appelée à jouer un rôle majeur dans la garantie et le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales énoncés dans la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) telle qu'elle est interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme. D'une part, elle a infléchi son office, en lui donnant, lorsque cela lui paraît s'imposer, un contenu plus concret et plus proche des données de fait du litige[13]. D'autre part, elle est l'un des acteurs de l'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme constatant une violation de la CEDH par la France. Le

6. Article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire.

7. Rappr. S. Salles, « Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *LGDJ*, 2016

8. Article L. 432-1, alinéa 3, du code de l'organisation judiciaire.

9. Article L. 431-3-1 du code de l'organisation judiciaire.

10. N. Molfessis (dir.), *Les revirements de jurisprudence*, LexisNexis, 2005.

11. Ass. plén., 21 décembre 2006, pourvoi n° 00-20.493, *Bull.* 2006, Ass. plén. n° 15, *Rapport* 2006, p. 246 ; *JCP* éd. G 2007, II, n° 10111, note X. Lagarde ; *D.* 2007, 835, note P. Morvan ; *RTDCiv.* 2007, p. 72, obs. P. Deumier et p. 168, obs. P. Théry ; déjà, en ce sens, 2e Civ., 8 juillet 2004, pourvoi n° 01-10.426, *Bull.* 2004, II, n° 387, *Rapport* 2004, p. 374 ; *RTDCiv.* 2005, p. 176, obs. P. Théry.

12. Voir V. Heuzé, « À propos du rapport sur les revirements de jurisprudence. Une réaction entre indignation et incrédulité », *JCP* éd. G 2005, I, n° 130.

13. V. P. Jestaz, J.-P. Marguénaud et C. Jamin, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.* 2014. 2061 ; comp. F. Chénédé, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *D.* 2016, n° 796.

versement de la satisfaction équitable ne suffit pas toujours à réparer le tort subi par la victime. Lorsque la violation atteint les droits fondamentaux procéduraux, idéalement, il faudrait recommencer le procès. La Cour européenne des droits de l'homme n'a pas le pouvoir d'imposer cette solution aux États qui demeurent libres des moyens à employer pour se conformer aux arrêts qui les condamnent. Elle en exprime parfois le vœu. Certains États l'ont exaucé en permettant, dans des conditions plus ou moins libérales, la réouverture des procédures. En France, c'est une fois encore la Cour de cassation qui a été investie de la mission de décider d'un éventuel réexamen des décisions définitives rendues en matière pénale et de certaines décisions rendues en matière civile.

Le contrôle de loi s'est encore élargi à la faveur du mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité. En évaluant les mérites des questions préalablement à leur transmission au Conseil constitutionnel, la Cour de cassation, comme le Conseil d'État au demeurant, assume une partie du contrôle de constitutionnalité des lois.

Certaines décisions de la Cour de cassation lui ont valu plusieurs fois l'accusation de s'être arrogée des prérogatives qui ne lui appartenaient pas, de faire régner l'arbitraire [14] ou même d'avoir réalisé un « coup d'État judiciaire » [15]. D'autres, tout aussi significatives, n'ont pourtant rencontré qu'une relative indifférence [16]. La Cour de cassation ne s'est pas investie d'un rôle normatif qui la placerait au-dessus du législateur. Il a toujours existé et il s'est toujours joué sous la surveillance du législateur, qui a contribué à son évolution autant qu'il l'a accompagnée. Même si, en l'état de notre Constitution, les lois sont doublement contrôlées, sur le fondement du droit constitutionnel et du droit international, la Cour de cassation demeure aux côtés du législateur pour formuler et créer la règle de droit et sait rappeler aux justiciables, à l'occasion, les limites de son office [17]. Dans son discours préliminaire au premier projet de code civil, Portalis soulignait déjà que « dans cette immensité d'objets divers, qui composent les matières civiles, et dont le jugement, dans le plus grand nombre des cas, est moins l'application d'un texte précis, que la combinaison de plusieurs textes qui conduisent à la décision bien plus qu'ils ne la renferment, on ne peut pas plus se passer de jurisprudence que de lois ». Au-delà de la création de la norme, relativement classique quoiqu'elle se soit renouvelée, le rôle normatif de la Cour de cassation consiste aussi à articuler des normes sans cesse plus nombreuses et dont l'élaboration ne tient pas toujours suffisamment compte de l'existant.

En insistant sur les arrêts récents de la Cour de cassation, l'étude a ainsi pour ambition de souligner les continuités et les évolutions dans son activité normative

14. F. Chénédé, « Des dangers de l'équité au nom des droits de l'homme (à propos de la validation judiciaire d'un mariage illégal) », D., 2014, p. 179 à propos de 1re Civ., 4 décembre 2013, pourvoi nº 12-26.066, *Bull.* 2013, I, nº 234.

15. Notamment à propos de 1re Civ., 14 mai 1991, pourvoi nº 89-20.999, *Bull.* 1991, I, nº 153.

16. Voir tout particulièrement, le courageux 1re Civ., 9 décembre 2015, pourvoi nº 14-25.910, *Bull.* 2015, I, nº 314; *Revue semestrielle de droit animalier*, 2015/2, p. 35, obs. F. Marchadier, *Revue semestrielle de droit animalier* 2015/1, p. 55, note K. Garcia; *D.* 2016. 360 note S. Desmoulin-Canselier; qui entreprend l'écriture du droit civil animalier à partir de sa qualité d'être vivant, unique et sensible.

17. Spécialement, 1re Civ., 4 mai 2017, pourvoi nº 16-17.189, publié au *Bulletin*.

(qu'accompagnent également le chaînage des précédents[18], la motivation enrichie, la pratique des communiqués et des notes explicatives, la diffusion des travaux préparatoires), tout particulièrement dans son rapport à la loi et aux droits fondamentaux ainsi que dans son rapport avec le législateur, la juridiction constitutionnelle (notamment à travers la question prioritaire de constitutionnalité) et les juridictions européennes (notamment à travers le renvoi préjudiciel et la toute récente saisine pour avis de la Cour européenne des droits de l'homme).

18. Sur ce point, voir X. Henry, *BICC* n° 599, 1er juin 2004.

Le rôle normatif de la Cour de cassation

INTRODUCTION

Fille de la Révolution française, adoptée par tous les régimes qui lui ont succédé, placée au sommet de l'ordre judiciaire pour connaître moins des litiges eux-mêmes que de leur jugement par les juridictions du fond, appelée à fixer durablement par sa jurisprudence le sens, la valeur et la portée des règles de droit, investie de la sorte d'une véritable « mission de politique judiciaire » pour reprendre la formule du doyen Jean Carbonnier (*Droit civil*, Paris, PUF, coll. « Quadrige/Manuels », 2004, p.270), la Cour de cassation occupe, depuis près de deux siècles et demi, une place essentielle dans notre ordre politique et juridique.

La Cour de cassation est-elle douée pour autant, au sens fort du terme, d'un *rôle normatif* ? Iconoclaste pour d'aucuns, la question est, plus encore, redoutablement complexe, tant elle touche, indépendamment du règlement des litiges, de l'interprétation et de l'application de la règle de droit et de l'autorité qui s'attache à la jurisprudence, à l'équilibre même des institutions de la République. Elle ne saurait être pour autant éludée en un temps qui, tout en revendiquant la prééminence du droit, doit s'accommoder, tout à la fois, de la multiplication des règles de droit, de leur instabilité et de la dégradation de leur qualité, sans oublier l'éclatement du système juridictionnel.

1. LE LÉGICENTRISME RÉVOLUTIONNAIRE : LA LOI EXPRESSION DE LA VOLONTÉ GÉNÉRALE

Contrairement à une opinion généralement reçue, ce n'est pas tant des implications de la séparation des pouvoirs, *a fortiori* de la « conception française de la séparation des pouvoirs », que procède l'institution de la Cour de cassation que des exigences de la souveraineté nationale tel que le principe en a été consacré à l'aube des temps révolutionnaires.

Mettant un terme à la fois à l'hétérogénéité des règles de droit applicables au gré de la géographie complexe de l'Ancien Régime, qui opposait en particulier pays de droit romain et pays de droit coutumier, et à la diversité des juridictions – l'on ne comptait pas moins de treize parlements érigés en autant de cours souveraines en leur ressort –, l'Assemblée constituante entendit opérer une révolution radicale, d'une part, en donnant naissance à un ordre juridique qui procède exclusivement de la loi, expression de la volonté générale, uniformément applicable sur l'intégralité du territoire, et, d'autre part, en instituant un ensemble de juridictions uniques et hiérarchisées. Cette double réforme consacre une rupture radicale avec les principes jusqu'alors en vigueur au profit d'un *légicentrisme*, qui prétend fonder l'ordre social sur la primauté absolue de la loi. La Constitution du 3 septembre 1791 l'énonce d'ailleurs en des termes on ne peut plus clairs : « Il n'y a point en France d'autorité supérieure à celle de la loi » (titre III, chapitre II, section 1re, art. 3), tout en précisant, à toutes fins utiles, qu'« il sera fait un code de lois civiles communes à tout le Royaume » (titre Ier, dernier alinéa).

Cette conception n'a pas été sans effet, naturellement, sur l'aménagement des pouvoirs publics et, au premier chef, sur l'organisation des juridictions. À première vue, les mesures adoptées par l'Assemblée constituante conduisent, il est vrai, à une émancipation certaine de la justice. La Constitution du 3 septembre 1791 précitée fait de celle-ci, érigée en « pouvoir judiciaire », l'un des pouvoirs publics avec le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif ; elle en confie l'exercice à des tribunaux dont les juges sont élus (la formule s'appliquant y compris aux accusateurs publics) et, s'il est fait interdiction aux tribunaux de « s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif, ou [de] suspendre l'exécution des lois, ni [d'] entreprendre sur les fonctions administratives, ou [de] citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions » (titre III, chapitre V, art. 3), le constituant n'omet pas d'énoncer également que « le Pouvoir judiciaire ne peut, en aucun cas, être exercé par le Corps législatif, ni par le roi » (*ibid.*, art. 1er), consacrant, en d'autres termes, une séparation rigide des pouvoirs qui protège autant l'exercice du pouvoir judiciaire dans le domaine qu'elle lui assigne, qu'elle lui interdit de s'affranchir des limites de ce dernier. L'émancipation n'est pas toutefois sans limite : si la souveraineté, une, indivisible, inaliénable et imprescriptible, appartient à la Nation, laquelle ne peut exercer les pouvoirs qui en découlent que par délégation, la Constitution ne reconnaît la qualité de représentants de la Nation qu'au Corps législatif et au roi (titre III, article 2). Dès lors, la loi étant « l'expression de la volonté générale » et se devant d'être « la même pour tous soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse » (Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, art. 6), et le Corps législatif ayant seul délégation du pouvoir législatif, les tribunaux – pas plus d'ailleurs qu'un pouvoir exécutif alors à peu près dépourvu de tout pouvoir normatif propre – ne sauraient en contrarier l'exercice.

Bref, comme l'expliquera Adrien Duport lors des débats à l'Assemblée constituante, « le pouvoir judiciaire, ce qu'on appelle improprement le pouvoir judiciaire, est l'application de la loi ou volonté générale à un fait particulier, ce n'est donc en dernière analyse que l'exécution de la loi » (cité dans J. Krynen, « L'emprise contemporaine des juges », Gallimard, 2012, p. 35).

C'est dans cette perspective que s'inscrit l'institution du Tribunal de cassation par la loi des 27 novembre et 1er décembre 1790, d'ailleurs distincte de la refonte de l'organisation des juridictions opérée par la loi des 16 et 24 août 1790, loi dont les principales dispositions ont été reprises ensuite par la Constitution du 3 septembre 1791 (titre III, chapitre V, art. 19 à 22).

Apparemment, le Tribunal de cassation participe pleinement du pouvoir judiciaire ; ses membres sont d'ailleurs élus dans les mêmes conditions que les membres des autres juridictions. Il n'en est pas moins étroitement subordonné au Corps législatif : la Constitution énonce ainsi qu'il est « établi auprès du Corps législatif » (art. 19) ; il rend compte à ce dernier, chaque année, de l'état des jugements rendus en indiquant notamment « le texte de la loi qui aura déterminé la décision » ; il ne saurait enfin statuer définitivement sur les pourvois en cassation en cas de conflit persistant avec les juridictions du fond, l'examen d'un troisième pourvoi fondé sur un même moyen de cassation ne pouvant avoir lieu sans que la question ait été soumise au Corps législatif, « qui portera un décret déclaratoire de la loi, auquel le Tribunal de cassation sera tenu de se conformer » (art. 21).

Ces dispositions ne sont pas le fait du hasard, tant elles témoignent du souci des constituants de préserver intacte la règle de droit édictée par un Corps législatif seul investi par la Nation du pouvoir d'exprimer la volonté générale. D'aucuns entendirent même réserver au Corps législatif lui-même ou bien à un comité désigné en son sein le soin de veiller à l'interprétation de la loi; moins radicale, la solution retenue, que l'on doit en particulier à l'influence modératrice de Merlin de Douai qui remplira sous l'Empire les fonctions de Procureur général impérial près la Cour de cassation, n'en traduit pas moins le lien étroit que le pouvoir politique entend conserver avec l'institution à laquelle il confie la conservation des lois. On a pu en déduire – R. Carré de Malberg ou F. Gény ne s'en sont pas fait faute – que le Tribunal de cassation échappait en quelque sorte au pouvoir judiciaire pour constituer une manière d'émanation du pouvoir législatif à effet de contrôler et de surveiller l'application stricte par les tribunaux de la règle édictée au nom de la Nation par le Corps législatif (*cf.* J. Krynen, *op. cit.*, p. 37 et s.).

2. L'ÉCLATEMENT DE L'ORDRE JURIDIQUE

La conception légicentrique retenue par l'Assemblée constituante, qui privait, en définitive, le juge du pouvoir d'interpréter la règle de droit et réduisait ainsi à néant le rôle de la jurisprudence, n'a guère résisté à l'expérience. L'avènement du Consulat en 1799 puis l'adoption du Code civil des Français en 1804 marquent un infléchissement certain en la matière, dont le discours sur le livre préliminaire du code civil dû à la plume de Portalis, constitue sans doute l'expression la plus achevée.

Même érigé en Cour de cassation par le senatus-consulte du 18 mai 1804 (28 floréal an XII) qui donne naissance au Premier Empire, le Tribunal de cassation demeure, il est vrai, tenu de s'en remettre, lorsqu'après deux cassations un troisième jugement fait l'objet d'un nouveau pourvoi fondé sur le même moyen, à l'interprétation de la loi donnée par voie de règlement d'administration publique. L'adoption du code civil n'en modifie pas moins la donne dès lors que s'il confirme l'interdiction faite aux juges « de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises » (art. 5), il énonce également que « le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice » (art. 4). En reconnaissant au juge moins le pouvoir que le devoir d'interpréter la loi pour en permettre l'application, les auteurs du code civil ont entendu ainsi restituer à la jurisprudence le rôle essentiel qui est le sien pour donner sa portée concrète à la règle de droit édictée par le législateur, tant il est vrai que la loi ne pouvant tout prévoir, ni pourvoir à tout, « une foule de choses sont nécessairement abandonnées à l'empire de l'usage, à la discussion des hommes instruits, à l'arbitrage des juges » (Portalis, cité dans J. Krynen, *op. cit.*, p. 115).

D'ailleurs définitivement affranchie de la contrainte du référé législatif par la loi du 1er avril 1837 (contrainte toute relative, le Tribunal, puis la Cour, de cassation n'ayant recouru qu'exceptionnellement au référé législatif), la Cour de cassation s'est employée à appliquer et à interpréter fidèlement, mais sans révérence, la législation issue de la codification napoléonienne : par l'interprétation, au sens fort du terme, des notions

formulées en termes fréquemment abstraits par la loi (à commencer par le « bon père de famille »), par la mobilisation de l'ensemble des sources du droit, y compris les sources récusées par les assemblées révolutionnaires, tels les coutumes et les usages ou, plus encore, le pouvoir réglementaire du gouvernement (c'est à la chambre criminelle que l'on doit ainsi, dès le milieu du XIX[e] siècle, la reconnaissance de la faculté pour le pouvoir central d'édicter à des fins de police administrative des mesures réglementaires applicables sur l'ensemble du territoire et pénalement sanctionnées), par l'articulation opérée entre les règles de droit selon leur domaine matériel ou leur champ d'application dans le temps, forte qui plus est de l'engagement doctrinal de nombre de ses membres (est-il utile de mentionner Henrion de Pansey, Joseph Marie Portalis, Dupin Ainé, Jean-Marie Pardessus ou Joseph Carnot ?), la Cour de cassation a donné ainsi au droit français, au fil du temps, une dimension jurisprudentielle trop souvent méconnue, qui explique sans doute pour une part l'exceptionnelle longévité des principes issus de la consolidation des acquis de la Révolution française par le pouvoir consulaire et impérial.

L'œuvre prétorienne de la Cour de cassation s'est développée, initialement, dans un contexte marqué par une incontestable stabilité sinon des institutions politiques, du moins des structures économiques et sociales, qui s'est prêtée sans difficulté au mécanisme de l'interprétation jurisprudentielle d'une règle de droit qui subsiste dans son essence tout en s'adaptant aux conditions dans lesquelles elle s'applique, l'exceptionnelle qualité des travaux des rédacteurs du code civil facilitant au reste la tâche de l'interprète. Elle doit composer désormais, le phénomène remontant au moins à la Première Guerre mondiale, avec une évolution d'ensemble de la vie économique et sociale et des mœurs, du rôle de l'État ou des relations entre les nations, sans compter les transformations entraînées par le développement scientifique et technique, qui conduit à un véritable éclatement de l'ordre juridique.

L'éclatement de l'ordre juridique se mesure naturellement, au premier chef, à l'évolution même des normes qui le composent. Le temps n'est plus où le droit se résumait, pour l'essentiel, aux lois dûment adoptées par le Parlement, voire aux codes édictés à l'aube du XIX[e] siècle. Il s'étend à présent à des normes de toute nature : le poids exorbitant de l'administration dans la production des règles de droit, la décentralisation pour partie du pouvoir normatif, la multiplication des règles d'origine privée, par exemple dans le domaine des relations collectives du travail, voire le développement de normes nouvelles relevant de « l'infradroit » ou du « droit souple » (circulaires et directives, chartes, référentiels, etc.) font du droit d'aujourd'hui un ensemble foisonnant de normes hétérogènes, précaires, souvent excessivement techniques, à la rédaction imparfaite, dont on peine à déterminer le champ d'application, la portée, l'articulation, voire l'utilité. On ajoutera que, rompant avec les principes révolutionnaires, cette évolution dessine, jour après jour, un ordre juridique où le droit objectif tend, en définitive, à s'effacer au profit de droits subjectifs dont il n'est souvent plus que le reflet ou l'expression. Dès lors, la crise du droit n'est plus seulement technique, elle est politique et touche à la légitimité même de la règle de droit, la puissance publique étant appelée plus sûrement à arbitrer entre les intérêts contradictoires des sujets de droit qu'à exprimer la volonté générale portée par la Nation et ses représentants.

L'éclatement de l'ordre juridique procède également de l'importance acquise à présent par les règles issues du droit international et européen. Quantitative, l'évolution

est, plus encore, qualitative. Certes, bien des traités et accords, bilatéraux ou multilatéraux, tendent, aujourd'hui encore, à pourvoir avant tout à la coordination des ordres juridiques nationaux et au règlement des difficultés en résultant (on en voudra pour preuve la pérennité des conventions d'entraide judiciaire, des conventions fiscales ou des instruments de coordination des systèmes de sécurité sociale), ou à s'accorder sur des règles et des standards communs en des matières essentiellement techniques touchant, par exemple, les transports ou l'énergie. Il est toutefois de plus en plus d'instruments internationaux qui exercent directement leur effet sur la substance même de la règle de droit et assignent aux États qui y souscrivent le respect des normes qu'ils édictent ; la formule favorise, il est vrai, sinon l'unification du droit, du moins la recherche d'une même inspiration et la promotion de principes directeurs communs ; elle n'en remet pas moins en cause l'autonomie même de l'ordre juridique interne et rompt ainsi avec les principes les mieux assurés du légicentrisme inscrits au cœur de notre système politique et juridique. Le phénomène affecte naturellement le droit international, qu'il s'agisse du développement des normes issues des institutions spécialisées de l'Organisation des nations unies (telles les conventions de l'Organisation internationale du travail), de l'adoption en leur temps des Pactes des Nations unies sur les droits civils et politiques et sur les droits économiques, sociaux et culturels, ou de la consécration, plus récemment, des règles relatives au commerce international et à la concurrence élaborées sous l'égide de l'Organisation mondiale du commerce. Il s'applique *a fortiori* à l'échelle européenne, le droit national étant désormais, pour une part croissante, tributaire tant du droit de l'Union européenne que du droit issu de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Le droit ne tire plus ses sources ainsi de la loi dûment adoptée par un pouvoir politique qui tient sa légitimité directement de l'élection, mais d'un ensemble de principes et de règles qui échappent, par leur mode de création et par leur dynamique, à la logique traditionnelle de l'ordre juridique interne.

La démultiplication des instances et des modes de contrôle, dans l'ordre interne et dans l'ordre international et européen concourt, plus encore, à l'éclatement de l'ordre juridique. Mêmes soumises au contrôle des juridictions, les instances de contrôle telles que les autorités administratives indépendantes n'en traduisent pas moins une spécialisation accrue des règles de droit applicables autant que des mécanismes de leur application en bien des domaines, en particulier dans le secteur économique, au point qu'on a pu évoquer à ce sujet un véritable processus de « dilution des normes » (Y. Gaudemet, « La régulation économique ou la dilution des normes », *RDP* 2017, p. 23) ; *a fortiori* l'observation s'impose-t-elle, à terme au moins, quant aux instances et procédures qui, telles les juridictions arbitrales prévues par les traités de libre échange actuellement en cours d'adoption, échappent aux juridictions nationales. S'il s'inscrit, quant à lui, dans le cadre d'un appareil juridictionnel a*d hoc*, le développement tant du droit de l'Union européenne que du droit de la Convention européenne des droits de l'homme exerce de même ses effets sur l'application de la règle de droit en France, les rapports subtils que les juridictions nationales entretiennent avec la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme n'en conférant pas moins, *nolens volens*, une manière de magistère à ces dernières, qui détermine pour une part croissante l'évolution même de notre droit.

Pour la Cour de cassation, cet éclatement de l'ordre juridique représente une manière de paradoxe : il rend en effet éminemment complexe et périlleux l'exercice de

la mission qui lui est confiée, alors même que celle-ci s'avère plus indispensable que jamais pour préserver sinon l'expression de la volonté générale, du moins l'unité et la cohérence de la règle de droit sur l'étendue du territoire de la République et concourir ainsi à la sécurité juridique. En apparence inchangée, la mission dévolue à la Cour de cassation s'inscrit dans un contexte radicalement différent, que caractérisent l'hétérogénéité, la complexité et l'instabilité de la règle de droit. C'est ce à quoi doit répondre un contrôle de cassation en constante évolution.

3. LES VIRTUALITÉS DU CONTRÔLE DE CASSATION

Il n'est guère utile de souligner l'originalité profonde du contrôle exercé par la Cour de cassation sur les décisions des juridictions du fond. S'il peut s'autoriser d'origines fort anciennes (le Conseil des parties pouvait être ainsi saisi, sous l'Ancien Régime, d'un pourvoi qui n'est pas sans parenté, notamment par son objet, avec le mécanisme applicable aujourd'hui devant la Cour de cassation *cf.* M. Boulet-Sautel, « La cassation sous l'Ancien Régime. Le Tribunal et la Cour de cassation, 1790-1990 », Litec, 1990, p. 1), c'est à l'Assemblée constituante que l'on doit l'adoption, en 1790, d'une technique de contrôle qui n'a pas varié, fondamentalement, dans son esprit depuis lors.

On rappellera, au préalable, l'*unicité* de la Cour de cassation, que le législateur met en exergue avant même de fixer la compétence de l'institution. Reprenant la formule initialement adoptée par la loi des 27 novembre et 1er décembre 1790, avant qu'elle ne figure d'ailleurs dans la majorité des constitutions qui se sont succédé jusqu'en 1815, les dispositions du code de l'organisation judiciaire énoncent en effet, sobrement, qu'« il y a, pour toute la République, une Cour de cassation » (article L. 411-1). Ce n'est qu'ensuite qu'elles précisent que « la Cour de cassation statue sur les pourvois en cassation formés contre les arrêts et jugements rendus en dernier ressort par les juridictions de l'ordre judiciaire » (article L. 411-2, alinéa 1). La règle de l'unicité n'est pas sans signification, ni sans portée : conférant une position sommitale à la Cour de cassation au sein de l'ordre judiciaire, elle fait obstacle, par exemple, à ce que soit mise en cause l'impartialité de la Cour de cassation dans son ensemble au sujet d'une question touchant une interprétation jurisprudentielle bien établie de la règle de droit (Ass. plén., 20 mai 2011, QPC nº 11-90.025, *Bull.* 2011, Ass. plén., nº 7 ; Ass. plén., 20 mai 2011, QPC nº 11-90.032, *Bull.* 2011, Ass. plén., nº 8 ; Ass. plén., 20 mai 2011, QPC nº 11-90.033, *Bull.* 2011, Ass. plén., nº 6 ; *D.* 2011,1346, note A. Lienhard ; *RDP* 2011, p. 1380, rapp. X. Prétot). Elle exprime, plus encore, le souci des pères fondateurs de l'Assemblée constituante d'inscrire l'interprétation et l'application du droit sous le signe de l'unité en tous points du territoire national.

C'est d'une certaine manière dans cette perspective, celle d'une institution appelée à peser, à l'aune des pourvois dont elle est saisie, l'utilité et l'effectivité des règles de droit que la Cour de cassation est appelée, indépendamment de son rôle proprement juridictionnel, à prêter son concours à l'évolution de la règle de droit. La formule est ancienne : les rédacteurs du Code civil des français consultèrent ainsi le Tribunal de cassation, dont les observations, nombreuses et circonstanciées, contribuèrent à parfaire l'œuvre du pouvoir consulaire. Elle trouve aujourd'hui son fondement dans les

dispositions issues du décret n° 67-1208 du 30 décembre 1967 portant application de la loi n° 67-523 du 3 juillet 1967 (article R. 431-10 du code de l'organisation judiciaire), la Cour de cassation étant appelée en particulier, dans le cadre de son rapport annuel adressé au Président de la République et au garde des sceaux, à mentionner les modifications des dispositions législatives et réglementaires qui lui paraissent de bonne politique compte tenu des enseignements qu'elle tire de l'examen des pourvois. Il n'est pas rare enfin que les membres de la Cour de cassation soient sollicités aux mêmes fins par les pouvoirs publics, témoin la constitution en 2005, sous l'égide de Jean-Pierre Dintilhac, alors président de la deuxième chambre civile, de la commission de réflexion dont les travaux devaient conduire à l'élaboration d'une nomenclature des chefs de préjudice, qui fait foi désormais devant l'ensemble des juridictions.

C'est néanmoins dans l'exercice de la fonction juridictionnelle que s'exprime, avant tout, le rôle normatif de la Cour de cassation. Le pourvoi en cassation revêt, en matière civile comme en matière pénale, le caractère d'une voie de recours extraordinaire. Il se caractérise, plus encore, par la nature propre des pouvoirs du juge de cassation : sauf disposition législative contraire, la Cour de cassation ne connaît pas, en effet, « du fond des affaires » (article L. 411-2, alinéa 2, du code de l'organisation judiciaire) ; il lui appartient, en d'autres termes, de juger non pas du litige opposant les parties, mais des conditions dans lesquelles la juridiction du fond a jugé ce dernier. La Cour de cassation exerce, plus précisément, son office en usant du contrôle disciplinaire et du contrôle de légalité (également appelé contrôle normatif) : alors que le premier touche l'application des règles de forme et de procédure par les juges du fond, le second se rapporte au fond des décisions prises par ceux-ci, plus exactement à l'application et à l'interprétation retenues de la règle de droit pour la résolution du litige.

Le contrôle disciplinaire n'est pas exclusif, loin s'en faut, d'un rôle normatif : l'examen des griefs disciplinaires conduit, le cas échéant, la Cour de cassation à préciser les règles de droit applicables et à en déterminer la portée, l'observation valant, tout particulièrement, en ce qui concerne la procédure suivie devant les juridictions pénales.

Le contrôle de légalité constitue cependant l'instrument privilégié du rôle normatif de la Cour de cassation, dans la mesure où, en désignant la règle applicable et en en fixant le sens, voire en déterminant l'étendue du contrôle du juge de cassation à l'égard des qualifications juridiques opérées par la juridiction du fond, il exerce ses effets, directement, sur la portée des règles qui composent l'ordre juridique. La tâche est multiple, qui recouvre la recherche de la règle de droit dûment applicable *ratione materiae*, *ratione temporis* et *ratione loci*, l'interprétation de ses termes pour en fixer le sens, et l'articulation des règles de droit entre elles en fonction de leur champ d'application, de leur autorité respective ou encore des critères propres à la matière (telle la disposition la plus favorable au salarié en droit du travail). Ce faisant, la Cour de cassation ne se borne pas à élucider les règles de droit prises en quelque sorte isolément ; elle concourt, par sa jurisprudence, à la construction, en fonction de principes directeurs qu'il lui revient de dégager, d'un ordre juridique qui donne une cohérence minimale à des règles de droit aujourd'hui foisonnantes.

La jurisprudence est-elle une simple « autorité », selon la formule de François Gény, ou un fait sociologique, comme le soutenait le doyen Carbonnier ?

Est-elle une authentique source du droit, voire une « source abusive du droit », pour reprendre le titre d'une contribution célèbre du professeur Olivier Dupeyroux (« La jurisprudence, source abusive du droit », *Mélanges* J. Maury, 1960, tome II, p. 373) ?

Le débat demeure ouvert, qui oppose aux arguments relevant de la technique juridique les raisons qui touchent à l'équilibre des pouvoirs au sein de la République. La jurisprudence ne s'en inscrit pas moins en contrepoint de la règle écrite, en subordonnant en pratique l'œuvre de l'auteur de la règle écrite à l'interprétation, au sens le plus élevé du terme, du juge appelé à fixer les conditions de son application. C'est dans cette perspective que s'inscrit l'étude du rôle normatif de la Cour de cassation.

PARTIE 1. L'ÉLABORATION DE LA NORME

Parce que le législateur ne peut tout prévoir et qu'il appartient au juge de trancher même en cas de silence, d'obscurité ou d'insuffisance de la loi, il est parfois nécessaire de préciser les textes, de les compléter voire de créer la norme qui fait défaut pour statuer sur le cas. L'élaboration de la norme relève de l'office de tout juge, mais, par sa position dans l'organisation judiciaire et « d [e] porte-voix de la doctrine » (P. Jestaz, *Les sources du droit*, Dalloz, « Connaissance du droit », 2005, p. 68), la Cour de cassation joue un rôle décisif. Veiller à la discipline des juges du fond, à la légalité de leurs décisions et à l'unité de la jurisprudence conforte et renforce son rôle normatif. Elle ne se contente pas d'appliquer la norme, elle la crée (titre 1) et elle contribue à son perfectionnement (titre 2), tout en composant avec des contraintes et des limites qu'a renouvelées l'intensification des liens entre le juge judiciaire, le juge constitutionnel et les juges européens, Cour de justice de l'Union européenne et Cour européenne des droits de l'homme (titre 3).

TITRE 1. LA CRÉATION DE LA NORME

Le rôle normatif de la Cour de cassation s'exprime de la façon la plus significative lorsqu'elle crée la norme. Le processus d'élaboration emprunte des voies spécifiques et son issue n'est pas toujours aisée à identifier. Le visa (qui doit comporter une règle de droit, sans autre précision quant à son origine – article 604 du code de procédure civile), un chapeau, la diffusion de l'arrêt, que s'efforce de maîtriser la Cour de cassation en établissant une hiérarchie (de « D » à « P + B + R + I »), sont autant d'indices permettant d'évaluer l'intensité de la portée normative de l'arrêt. La norme jurisprudentielle et, en conséquence, le rôle de la Cour de cassation s'apprécient par rapport à la loi et plus généralement le droit écrit. Plus la distance est grande, plus la Cour de cassation affirme son pouvoir normatif. Au sommet, la norme est formulée sans le support d'aucun texte. Au niveau intermédiaire, elle n'entretient qu'un rapport lointain, voire très lointain, avec la loi de sorte que le lien est parfois purement formel. Dans un cas, la norme est créée en marge des textes (chapitre 1), dans l'autre, elle se situe dans le prolongement des textes (chapitre 2).

Chapitre 1. La création en marge des textes

Le rôle normatif de la Cour de cassation s'exerce de la façon la plus intense dans le développement des principes, ces règles de droit *extra legem* voire *contra legem* (sur lesquels voir P. Morvan, *Le principe de droit privé*, éditions Panthéon-Assas, 1999) qui fondent, parfois seuls, la cassation (voir par exemple, 1re Civ., 10 décembre 1985, pourvoi nº 84-14.328, *Bull.* 1985, I, nº 339, visant « le principe selon lequel l'enfant

conçu est réputé né chaque fois qu'il y va de son intérêt »). Dans la période récente, l'activité normative de la Cour de cassation s'est particulièrement illustrée en précisant les conditions d'indemnisation des préjudices (section 1) et les conditions d'exercice des recours (section 2).

Section 1. Les conditions d'indemnisation des préjudices

C'est par la voie de constructions jurisprudentielles, promues et affinées par la Cour de cassation, qu'a émergé la notion de perte de chance (§ I) et qu'a été précisée la liquidation de certains préjudices en droit du travail (§ II).

§ I. La construction et l'évolution de la notion de perte de chance

Tout régime de responsabilité civile, dont la fonction première est l'indemnisation des victimes, suppose l'existence d'un dommage, causé par un fait générateur. Il s'agit en particulier de l'une des seules conditions posées explicitement par l'article 1382, devenu l'article 1240, du code civil, selon lequel, « tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ».

La preuve de l'existence du dommage est parfois difficile à rapporter, surtout lorsque ce dommage est affecté d'un aléa. Si le préjudice purement hypothétique ou éventuel ne peut engager la responsabilité civile de son auteur, la jurisprudence admet depuis très longtemps le caractère réparable de la perte de chance : la Cour de cassation considère qu'il est possible d'indemniser la victime, même lorsqu'il demeure une incertitude sur la situation qui aurait été la sienne si le fait dommageable n'avait pas eu lieu (Cass. req., 17 juillet 1889, *S.* 1891, 1, p. 399, qui a accepté de réparer la perte de la possibilité de poursuivre en appel une procédure, et donc de gagner un procès, du fait d'une faute commise par un huissier).

Dans le silence du législateur sur la question du caractère réparable du dommage (alors même que l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 réserve au domaine de la loi les règles relatives aux obligations civiles), la Cour de cassation a été conduite à élaborer progressivement, au gré des pourvois qui lui étaient soumis, le régime de la perte de chance, c'est-à-dire notamment ses conditions ou encore ses modalités de calcul.

La réparation de la perte de chance (d'ailleurs inconnue de nombreux droits étrangers : voir P. Jourdain, « La perte d'une chance, une curiosité française » *in Mélanges en l'honneur de P. Wessner*, Guillot-Müller, 2011, p. 167) peut apparaître comme une faveur faite aux victimes, lorsqu'il existe un doute sur le lien entre le fait d'un tiers et le dommage qui s'est réalisé : « la perte d'une chance postule une telle incertitude, car on ne saura jamais si la perte subie eût été évitée, ni si l'avantage espéré aurait été acquis ». J. Ghestin, G. Viney, P. Jourdain, *Traité de droit civil*, *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 2013, 4e éd., no 371). Par exemple, si un cheval est amené avec retard par un transporteur et ne peut participer à une course, le parieur qui avait parié sur lui a perdu une chance de gagner, mais il n'est pas certain que ce soit par la faute du transporteur : s'il avait participé, le cheval aurait peut-être perdu la course, et le parieur a donc seulement perdu une chance de gagner au jeu, dont l'étendue dépend notamment des performances habituelles du cheval. La perte de chance est une notion fréquemment appliquée par les juges, notamment en matière de responsabilité médicale, par

exemple lorsqu'un patient a perdu une chance de bénéficier d'une thérapie efficace, à cause d'un diagnostic tardif de sa maladie.

La Cour de cassation est parfois allée encore plus loin en admettant le caractère réparable de la perte de chance recouvrant une causalité plus hypothétique : la perte de chance de survie ou de guérison, lorsque demeure une incertitude non seulement sur le lien de causalité entre le fait dommageable et le préjudice réalisé (comme dans l'exemple de la course de chevaux) mais en outre sur le lien de causalité entre le fait dommageable et le préjudice autonome de perte de chance. Il en est ainsi lorsqu'un patient n'a pas bénéficié d'une thérapie efficace du fait d'une erreur de diagnostic, mais qu'il n'est pas certain qu'il soit décédé de la pathologie non traitée : la première chambre civile de la Cour de cassation a considéré que ni l'incertitude relative à l'évolution de la pathologie non traitée, ni l'incertitude relative à la cause du décès n'étaient de nature à exclure le lien de causalité entre la faute commise par le médecin et la perte d'une chance de survie. La Cour de cassation considère ainsi que « la perte d'une chance présente un caractère direct et certain chaque fois qu'est constatée la disparition d'une éventualité favorable » (1re Civ., 14 octobre 2010, pourvoi no 09-69.195, Bull. 2010, I, no 200 ; Crim., 3 novembre 2010, pourvoi no 09-87.375, Bull. crim. 2010, no 170 ; 1re Civ., 17 octobre 2012, pourvoi no 11-25.252 ; voir notamment J. Ghestin, G. Viney, P. Jourdain, *Traité de droit civil*, *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 2013, 4e éd., no 371 ; Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, *Dalloz*, 2014, no 1775).

La Cour de cassation contrôle la qualification par les juges du fond de la perte de chance, en vérifiant que celle-ci est certaine – c'est-à-dire qu'il ne s'agit pas d'un préjudice hypothétique n'ouvrant droit à aucune indemnisation – et qu'il existe bien un aléa – qui distingue la perte de chance du strict gain manqué, qui aurait été obtenu avec certitude si le fait dommageable n'avait pas eu lieu (1re Civ., 13 mai 2014, pourvoi no 13-13.766 ; Com., 1er octobre 2013, pourvoi no 12-20.657). Ce caractère certain est établi dès lors qu'est constatée la disparition d'une éventualité favorable (voir les arrêts précités), si bien que, pour écarter l'existence d'un préjudice de perte de chance, il faut caractériser l'absence de toute probabilité de réalisation de l'événement attendu, la perte de chance, même faible, étant indemnisable (1re Civ., 8 juillet 1997, pourvoi no 95-14.067, *Bull.* 1997, I, no 234 ; 1re Civ., 16 janvier 2013, pourvoi no 12-14.439, *Bull.* 2013, I, no 2 ; Com., 13 mai 2014, pourvoi no 13-15.516).

La Cour de cassation contrôle également les modalités de réparation de la perte de chance, qui constitue un préjudice autonome : selon une jurisprudence constante, « la réparation d'une perte de chance doit être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée » (voir par exemple, 1re Civ., 9 avril 2002, pourvoi no 00-13.314, *Bull.* 2002, I, no 116). Certains arrêts précisent la méthode à suivre : les juges du fond doivent évaluer l'entier dommage, ainsi que le degré de probabilité de survenance de la chance, puis enfin fixer la fraction de l'entier dommage qui correspond au préjudice de perte de chance (1re Civ., 18 juillet 2000, pourvoi no 98-20.430, *Bull.* 2000, I, no 224 ; 1re Civ., 14 février 2008, pourvoi no 06-17.285, *Bull.* 2008, I, no 51).

Dès lors, la qualification de perte de chance n'est pas toujours favorable aux victimes puisque l'indemnisation qui en résulte est nécessairement diminuée par rapport à l'entier dommage subi. L'enjeu est donc d'importance pour les victimes (ainsi que pour les responsables), et la jurisprudence a parfois évolué dans la qualification retenue :

c'est ainsi que le patient victime d'un manquement au devoir d'information a longtemps été indemnisé de l'intégralité du préjudice subi (*cf.* l'arrêt « Teyssié », Cass. req., 28 janvier 1942, *D.* 1942, p. 63, confirmé ensuite notamment par 1re Civ., 11 février 1986, pourvoi nº 84-10.845, *Bull.* 1986, I, nº 24), jusqu'à un revirement par lequel la première chambre civile de la Cour de cassation a considéré que le chirurgien, qui manque à son obligation d'éclairer son patient sur les conséquences éventuelles du choix de celui-ci d'accepter l'opération qu'il lui propose, prive seulement l'intéressé « d'une chance d'échapper, par une décision peut-être plus judicieuse, au risque qui s'est finalement réalisé, perte qui constitue un préjudice distinct des atteintes corporelles » résultant de ladite opération (1re Civ., 7 février 1990, pourvoi nº 88-14.797, *Bull.* 1990, I, nº 39, cet arrêt ayant été suivi par un revirement du Conseil d'État sur la même question : CE, 5 janvier 2000, nº 198530). De même, la chambre commerciale considère que le préjudice subi par le client ou la caution résultant du manquement de la banque à son devoir de mise en garde s'analyse en une perte d'une chance de ne pas contracter (Com., 20 octobre 2009, pourvoi nº 08-20.274, *Bull.* 2009, IV, nº 127), ou encore que « celui qui acquiert ou conserve des titres émis par voie d'offre au public au vu d'informations inexactes, imprécises ou trompeuses sur la situation de la société émettrice perd seulement une chance d'investir ses capitaux dans un autre placement ou de renoncer à celui déjà réalisé » (Com., 9 mars 2010, pourvoi nº 08-21.793, Bull. 2010, IV, nº 48).

Ces exemples montrent bien que la qualification de perte de chance constitue une réponse judiciaire nécessaire, empreinte de pragmatisme, à une situation d'incertitude (*cf. Le traitement juridique et judiciaire de l'incertitude*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2008, p. 175).

L'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile publié par le garde des sceaux en mars 2017 propose de conforter ce rôle essentiel de la jurisprudence, en consacrant dans le code civil la définition et la méthode d'indemnisation de la perte de chance construites par la Cour de cassation, par un article 1238 ainsi rédigé : « Seule constitue une perte de chance réparable, la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable. Ce préjudice doit être mesuré à la chance perdue et ne peut être égal à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée. »

§ II. La liquidation de certains préjudices en droit du travail

La chambre sociale a fait œuvre créatrice pour préciser la liquidation de l'indemnité due au salarié protégé pour le non-respect du statut protecteur (A) et celle en lien avec la prise d'acte de la rupture du contrat de travail (B).

A. Le calcul de l'indemnité due au salarié protégé pour le non-respect du statut protecteur

Les salariés, titulaires d'un mandat de représentation syndicale, à l'intérieur comme à l'extérieur de l'entreprise, bénéficient d'un statut protecteur, notamment en ce qu'il prévoit une procédure spéciale de licenciement, lequel doit être autorisé par l'inspecteur du travail.

L'article L. 2422-4 du code du travail prescrit qu'en cas de retrait ou d'annulation de l'autorisation administrative de licenciement du salarié protégé, investi d'un des mandats mentionnés à l'article L. 2422-1, ce dernier a droit au paiement d'une indemnité

« correspondant à la totalité du préjudice subi au cours de la période écoulée entre son licenciement et sa réintégration, s'il en a formulé la demande dans un délai de deux mois », ou à « la totalité du préjudice subi au cours de la période écoulée entre son licenciement et l'expiration du délai de deux mois s'il n'a pas demandé sa réintégration ».

En revanche, la loi ne prévoit pas comment l'indemnité à laquelle a droit le salarié protégé doit être évaluée lorsque son licenciement est déclaré nul en raison du non-respect par l'employeur de son obligation d'obtenir l'autorisation de l'administration du travail.

La chambre sociale ayant jugé « que les dispositions de ce texte (l'article L. 436-3, devenu L. 2422-4) ne sont pas applicables au licenciement d'un salarié protégé prononcé sans observation des formalités protectrices et qu'en ce cas la sanction de la méconnaissance par l'employeur du statut protecteur des représentants du personnel est la rémunération que le salarié aurait perçue jusqu'à la fin de la période de protection en cours, la cour d'appel a violé les textes susvisés » (Soc., 6 avril 1994, pourvoi nº 92-42.395, *Bull.* 1994, V, nº 133), il lui revenait de suppléer au silence du législateur.

C'est ce qu'elle a fait en jugeant que le salarié protégé licencié sans autorisation administrative qui ne demande pas la poursuite du contrat de travail illégalement rompu, « a le droit d'obtenir au titre de la méconnaissance du statut protecteur, le montant de la rémunération qu'il aurait dû percevoir entre son éviction et l'expiration de la période de protection dans la limite de la durée de la protection accordée aux représentants du personnel. » (Soc., 28 mars 2000, pourvoi nº 97-44.373, *Bull.* 2000, V, nº 134).

Ainsi, en cas de nullité de son licenciement et lorsqu'il ne demande pas sa réintégration, ou que celle-ci est impossible, en plus des indemnités de rupture et des dommages-intérêts prévus en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, le salarié élu représentant du personnel peut prétendre à une indemnité forfaitaire qui a un caractère de sanction.

Jusqu'à la loi nº 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, le mandat des représentants du personnel était de deux ans. Le montant maximal de l'indemnité forfaitaire que pouvait percevoir le salarié était donc de trente mois de salaire (deux ans de salaire plus six mois de salaire correspondant à la durée de la période de protection après la cessation du mandat). Cette solution a également été retenue pour les conseillers prud'hommes, dont le mandat est pourtant de cinq ans (quatre ans depuis l'ordonnance nº 2016-388 du 31 mars 2016 relative à la désignation des conseillers prud'hommes ; Soc., 28 mars 2000, pourvoi nº 97-44.373, préc.), les administrateurs de caisse de sécurité sociale (Soc., 22 juin 2004, pourvoi nº 01-41.780, *Bull.* 2004, V, nº 179) et de mutuelle (Soc., 1er juin 2010, pourvoi nº 09-41.507, *Bull.* 2010, V, nº 123).

Cependant, depuis la loi du 2 août 2005 précitée, le mandat des représentants du personnel est de quatre ans. L'application stricte de la jurisprudence de la chambre aurait dû permettre au salarié protégé de prétendre à une indemnité pour violation du statut protecteur pouvant atteindre cinquante-quatre mois de salaire.

Ce montant pouvant paraître excessif, et toujours dans le silence de la loi, la chambre s'est appliquée à le maintenir dans des proportions raisonnables.

Elle a commencé par juger que l'administrateur de mutuelle exerçant son mandat ou l'ayant cessé depuis moins de six mois, dont le licenciement, selon l'article L. 114-24

du code de la mutualité, est soumis à la procédure de l'ancien article L. 412-18 du code du travail, qui a été licencié sans autorisation administrative a droit à une indemnité pour violation du statut protecteur égale à la rémunération qu'il aurait perçue jusqu'au terme de son mandat dans la limite de deux ans, durée minimale légale du mandat des représentants du personnel, augmentée de six mois (Soc., 1er juin 2010, pourvoi nº 09-41.507, préc.).

Commentant cette décision, un auteur indique : « on notera que la loi nº 2005-882 du 2 août 2005 a relevé de deux à quatre ans la durée du mandat des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise. Elle dispose toutefois qu'un accord collectif peut fixer une durée plus courte qui ne saurait toutefois être inférieure à deux ans. On peut se demander si c'est à cette durée minimale du mandat que se réfère la Cour de cassation dans l'arrêt reproduit ci-dessus pour fixer la limite de deux ans. » (*RJS* 2010, nº 700).

Cette solution a été maintenue dans une décision sur demande d'avis à propos des médecins du travail, bénéficiant également d'un statut protecteur (Avis de la Cour de cassation, 15 décembre 2014, nº 14-70.009, *Bull.* 2014, Avis nº 9).

Finalement, confirmant le caractère général de cette règle, la chambre sociale a jugé « que le délégué du personnel dont la prise d'acte produit les effets d'un licenciement nul lorsque les faits invoqués la justifiaient, a droit à une indemnité pour violation du statut protecteur égale à la rémunération qu'il aurait perçue depuis son éviction jusqu'à l'expiration de la période de protection, dans la limite de deux ans, durée minimale légale de son mandat, augmentée de six mois » (Soc., 15 avril 2015, pourvoi nº 13-27.211, *Bull.* 2015, V, nº 87).

Elle commentait ainsi cette décision dans le *Rapport annuel* 2015 de la Cour de cassation : « La chambre sociale confirme, ainsi que le laissait entendre le commentaire de la décision du 1er juin 2010 précitée au *BICC* (*BICC* nº 730, 1er novembre 2010, nº 1642), que la portée de cette décision de 2010 dépassait le cas des seuls salariés exerçant un mandat d'administrateur de mutuelle et que l'entrée en vigueur de la loi nº 2005-882 du 2 août 2005 est sans incidence sur le plafond de l'indemnisation due en cas de violation du statut protecteur au représentant du personnel illicitement licencié, ce plafond demeurant fixé à trente mois de salaire. » (*Rapport* 2015, p. 177).

Dans tous les cas, il s'agit d'empêcher le versement d'indemnités manifestement excessives par rapport à la période travaillée.

B. Le régime de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail

La prise d'acte est un acte par lequel le salarié prend l'initiative de rompre son contrat de travail, en imputant la responsabilité de cette rupture à son employeur, en raison d'un manquement de ce dernier à ses obligations.

Par trois arrêts rendus le 25 juin 2003 et commentés au *Rapport annuel* 2003, la chambre sociale de la Cour de cassation a défini le schéma juridique de ce mode de rupture autonome, ouvert aux seuls salariés : « Lorsqu'un salarié prend acte de la rupture de son contrat de travail en raison de faits qu'il reproche à son employeur, cette rupture produit les effets soit d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués la justifiaient, soit, dans le cas contraire, d'une démission » (Soc., 25 juin 2003,

pourvoi nº 01-40.235, *Bull.* 2003, V, nº 208; Soc., 25 juin 2003, pourvois nº 01-42.335 et nº 01-42.679, *Bull.* 2003, V, nº 209, *Rapport* 2003, p. 323).

Interdite initialement aux salariés protégés qui bénéficient d'une protection exorbitante du droit commun (Soc., 18 juin 1996, pourvoi nº 94-44.653, *Bull.* 1996, V, nº 248), la prise d'acte leur est désormais ouverte et produit les effets suivants : « Lorsqu'un salarié titulaire d'un mandat électif ou de représentation prend acte de la rupture de son contrat de travail en raison de faits qu'il reproche à son employeur, cette rupture produit, soit les effets d'un licenciement nul pour violation du statut protecteur lorsque les faits invoqués par le salarié la justifiaient, soit, dans le cas contraire, les effets d'une démission » (Soc., 5 juillet 2006, pourvoi nº 04-46.009, *Bull.* 2006, V, nº 237).

La prise d'acte entraîne la cessation immédiate du contrat de travail (Soc., 4 juin 2008, pourvoi nº 06-45.757, *Bull.* 2008, V, nº 122) et ne peut être rétractée (Soc., 14 octobre 2009, pourvoi nº 08-42.878, *Bull.* 2009, V, nº 221, *Rapport* 2009, p. 366). Il en résulte que le comportement ultérieur du salarié est sans incidence (Soc., 19 janvier 2005, pourvoi nº 03-45.018, *Bull.* 2005, V, nº 12, *Rapport* 2005, p. 263) et que le licenciement notifié postérieurement à la prise d'acte doit être considéré comme non avenu (Soc., 19 janvier 2005, pourvoi nº 02-41.113, *Bull.* 2005, V, nº 11, *Rapport* 2005, p. 263). Saisi d'une demande de résiliation judiciaire introduite antérieurement à la prise d'acte, le juge doit se prononcer sur la seule prise d'acte, en fondant toutefois sa décision sur les manquements de l'employeur invoqués par le salarié tant à l'appui de la demande de résiliation judiciaire devenue sans objet qu'à l'appui de la prise d'acte (Soc., 31 octobre 2006, pourvois nº 05-42.158, nº 04-46.280 et nº 04-48.234, *Bull.* 2006, V, nº 321, *Rapport* 2006, p. 295). Enfin, un salarié protégé qui a pris acte de la rupture de son contrat de travail ne peut ultérieurement solliciter sa réintégration dans son emploi (Soc., 29 mai 2013, pourvoi nº 12-15.974, *Bull.* 2013, V, nº 138).

Le salarié peut toutefois, avec l'accord de l'employeur, renoncer à sa prise d'acte. Ainsi, la chambre sociale de la Cour de cassation a admis que, lorsque le contrat de travail a été rompu par l'exercice par l'une ou l'autre des parties de son droit de résiliation unilatérale, la signature postérieure d'une rupture conventionnelle vaut renonciation commune à la rupture précédemment intervenue (Soc., 3 mars 2015, pourvoi nº 13-20.549, *Bull.* 2015, V, nº 35). Elle a ensuite décidé qu'en l'absence de rétractation de la convention de rupture, un salarié ne peut prendre acte de la rupture du contrat de travail, entre la date d'expiration du délai de rétractation et la date d'effet prévue de la rupture conventionnelle, que pour des manquements survenus ou dont il a eu connaissance au cours de cette période (Soc., 6 octobre 2015, pourvoi nº 14-17.539, *Bull.* 2015, V, nº 188, *Rapport* 2015, p. 180).

La chambre sociale de la Cour de cassation a également précisé l'articulation de sa jurisprudence concernant la prise d'acte avec celle relative à la démission en décidant, dans une série de quatre arrêts rendus le 9 mai 2007 et commentés au *Rapport annuel* 2007, que lorsque le salarié, sans invoquer un vice du consentement de nature à entraîner l'annulation de sa démission, remet en cause celle-ci en raison de faits ou manquements imputables à son employeur et lorsqu'il résulte de circonstances antérieures ou contemporaines de la démission qu'à la date à laquelle elle a été donnée, celle-ci était équivoque, le juge doit l'analyser en une prise d'acte qui produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les faits invoqués la justifiaient ou, dans

le cas contraire, les effets d'une démission (Soc., 9 mai 2007, pourvois n° 05-40.518, n° 05-41.324, n° 05-41.325 et n° 05-4.315, *Bull.* 2007, V, n° 70, *Rapport* 2007, p. 364).

La prise d'acte n'est soumise à aucun formalisme et peut être valablement présentée par le conseil du salarié au nom de celui-ci, à la condition d'être adressée directement à l'employeur. La saisine du conseil de prud'hommes ne peut valoir prise d'acte de la rupture (Soc., 16 mai 2012, pourvoi n° 10-15.238, *Bull.* 2012, V, n° 154, *Rapport* 2012, p. 436). L'écrit par lequel le salarié prend acte de la rupture du contrat de travail en raison de faits qu'il reproche à son employeur ne fixe pas les limites du litige (Soc., 29 juin 2005, pourvoi n° 03-42.804, *Bull.* 2005, V, n° 223, *Rapport* 2005, p. 263). Le juge prend en considération l'ensemble des faits invoqués par le salarié, à condition toutefois qu'il n'en ait pas eu connaissance postérieurement à la prise d'acte (Soc., 9 octobre 2013, pourvoi n° 11-24.457, *Bull.* 2013, V, n° 229).

La chambre sociale de la Cour de cassation jugeait traditionnellement que les juges du fond disposaient d'un pouvoir souverain pour apprécier la gravité de manquements reprochés par le salarié à l'employeur, mais elle considérait néanmoins que certains manquements justifiaient, par nature, l'imputation de la rupture aux torts de l'employeur, tels que la modification d'un mode de rémunération contractuel (Soc., 5 mai 2010, pourvoi n° 07-45.409, *Bull.* 2010, V, n° 102) ou le changement des conditions de travail imposé par l'employeur à un salarié protégé (Soc., 15 février 2006, pourvoi n° 03-42.510, *Bull.* 2006, V, n° 74).

Depuis une série d'arrêts rendus le 26 mars 2014, elle décide désormais que la prise d'acte permet au salarié de rompre le contrat de travail en cas de manquement suffisamment grave de l'employeur empêchant la poursuite du contrat de travail (Soc., 26 mars 2014, pourvoi n° 12-23.634, *Bull.* 2014, V, n° 85 ; Soc., 26 mars 2014, pourvoi n° 12-21.372, *Bull.* 2014, V, n° 86 ; Soc., 26 mars 2014, pourvoi n° 12-35.040, *Bull.* 2014, V, n° 87 ; Soc., 26 mars 2014, pourvoi n° 12-10.202, *Bull.* 2014, V, n° 88). Le manquement suffisamment grave est donc celui qui empêche ou est de nature à empêcher la poursuite du contrat de travail, de sorte que le facteur temporel peut se révéler important. La chambre sociale a précisé que la modification unilatérale du contrat ne justifie pas en soi la prise d'acte ou la résiliation judiciaire (Soc., 12 juin 2014, pourvoi n° 13-11.448, *Bull.* 2014, V, n° 139 ; Soc., 12 juin 2014, pourvoi n° 12-29.063, *Bull.* 2014, V, n° 140), mettant ainsi fin à l'automaticité de la rupture.

La chambre sociale de la Cour de cassation a donc choisi, en matière de prise d'acte comme de résiliation judiciaire, de distinguer la nature du manquement invoqué de ses conséquences sur la poursuite du contrat de travail, se rapprochant ainsi de la jurisprudence des autres chambres civiles sur la résiliation judiciaire du contrat. Elle a adopté un contrôle léger en la matière, limité aux erreurs les plus manifestes.

S'agissant des conséquences indemnitaires, la chambre sociale juge, comme elle le fait en matière de résiliation judiciaire (Soc., 20 octobre 2010, pourvoi n° 08-70.433, *Bull.* 2010, V, n° 241), que la prise d'acte n'ouvre pas droit à l'indemnité pour non-respect de la procédure de licenciement (Soc., 19 octobre 2016, pourvoi n° 14-25.067, *Bull.* 2016, V, n° 193). Le représentant du personnel dont la prise d'acte produit les effets d'un licenciement nul lorsque les faits invoqués la justifiaient a droit à une indemnité pour violation du statut protecteur égale à la rémunération qu'il aurait perçue depuis son éviction jusqu'à l'expiration de la période de protection, dans la limite de deux ans, durée minimale légale de son mandat, augmentée de six mois (Soc., 15 avril 2015, pourvoi

n° 13-27.211, *Bull.* 2015, V, n° 87, *Rapport* 2015, p. 177), quand bien même l'administration du travail, saisie antérieurement à la prise d'acte du salarié, a autorisé le licenciement prononcé ultérieurement à cette prise d'acte (Soc., 12 mars 2014, pourvoi n° 12-20.108, *Bull.* 2014, V, n° 72 ; Soc., 12 novembre 2015, pourvoi n° 14-16.369, *Bull.* 2015, V, n° 227).

Section 2. Les conditions d'exercice des recours

En marge des textes, la Cour de cassation a contribué à préciser les conditions d'exercice des actions en justice soit en permettant, par la voie de l'excès de pouvoir, l'exercice d'un recours *a priori* fermé (§ I), soit en limitant l'exercice d'un recours (§ II).

§ I. L'ouverture d'un recours : l'excès de pouvoir

L'accès au juge relève d'un équilibre subtil : trop large, il contrevient notamment à la sécurité juridique et nuit à la célérité que requièrent certaines procédures judiciaires ; trop restreint, il est susceptible de porter gravement atteinte aux droits des justiciables, confrontés à l'impossibilité de les faire reconnaître. La détermination de l'existence et des conditions d'exercice des voies de recours tente de concilier ces deux préoccupations.

Le droit des procédures collectives est particulièrement sensible à la recherche de cet équilibre. La nécessité de connaître rapidement la situation du débiteur, tant sur un plan économique que juridique, les deux étant intimement liés, a incité le législateur à envisager les voies de recours avec prudence. Peut-être trop, du moins jusqu'à la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, suivie par l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, si bien qu'en ce domaine la création prétorienne du recours pour excès de pouvoir, qui est ancienne – le professeur Fricero en trouve les prémices dans l'article 27 de la Constitution des 3 et 4 septembre 1791 (« L'excès de pouvoir en procédure civile », *Revue générale des procédures*, 1998, n° 1, p. 17) –, a connu des développements importants.

Certes, son succès est très relatif par rapport à son homonyme du procès administratif, qui est cependant bien différent. Ce dernier aboutit en effet à un contrôle de légalité, externe et interne, d'un acte administratif, par opposition au recours tendant à voir reconnaître la responsabilité administrative de la personne publique. Ici, rien de tout cela : il ne s'agit pas de sanctionner par une nullité n'importe quelle violation de la loi, dont serait entaché un acte administratif, mais de permettre un recours, *a priori* impossible, à l'égard d'une décision judiciaire en cas de « méconnaissance du pouvoir de juger » (1re Civ., 20 février 2007, pourvoi n° 06-13.134, *Bull.* 2007, I, n° 61). Cette méconnaissance peut être positive ou négative, selon que le juge excède le pouvoir juridictionnel qui est le sien ou au contraire refuse d'en faire application.

Conçue comme une « soupape de sécurité » destinée à « se frayer un passage en force à travers des interdictions légales » (R. Perrot, *RTD civ.* 2007, p. 386), la théorie de l'excès de pouvoir illustre la réalité et le pragmatisme du pouvoir normatif de la Cour de cassation : l'appliquant à des situations diverses, elle en a déterminé les contours, sous le regard attentif de la doctrine, mais également du législateur. Celui-ci a en effet pris « acte des insatisfactions que créait ce régime » trop restrictif des voies de recours qu'il avait instauré et élargi le domaine de celles-ci (J.-L. Vallens, « Les voies de recours

dans la loi de sauvegarde des entreprises», *RTD com.* 2006 p. 219). Un dialogue s'est ainsi instauré entre le juge et le législateur, aboutissant non à la disparition du recours fondé sur un excès de pouvoir, qui garde une utilité certaine, mais à sa reconnaissance moins fréquente, tant en raison d'une conception plus stricte de celui-ci que de l'existence de voies de recours moins fermées.

Il n'en reste pas moins que la construction prétorienne de l'excès de pouvoir demeure vivace, tant en matière civile et commerciale (A) qu'en matière pénale (B).

A. L'excès de pouvoir en matière civile et commerciale

Le dialogue entre le juge et législateur dans la création de la norme explique que le recours pour excès de pouvoir en matière civile constitue à la fois une norme jurisprudentielle réactive, en ce sens que son ouverture dépend des orientations législatives (1), et palliative, dès lors qu'elle demeure, en toute hypothèse, à défaut d'autre recours, une solution dont l'intérêt persiste (2).

1. Le recours pour excès de pouvoir : une norme jurisprudentielle réactive

Le caractère réactif du recours pour excès de pouvoir est particulièrement évident dans le domaine des procédures collectives; il explique en partie les divergences de jurisprudence au sein de la Cour de cassation, avant l'arrêt de chambre mixte du 28 janvier 2005 (Ch. mixte, 28 janvier 2005, pourvoi nº 02-19.153, *Bull.* 2005, Ch. mixte, nº 1). En effet, alors que de nombreux recours étaient exclus par la loi nº 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises, la chambre commerciale de la Cour de cassation a admis plus facilement l'appel-nullité et le pourvoi-nullité. À la différence de la première chambre civile, qui n'ouvrait ces recours que dans le cas précis d'un excès de pouvoir (1re Civ., 28 avril 1998, pourvoi nº 95-22.241, *Bull.* 1998, I, nº 151, précisant que ne constitue pas un excès de pouvoir la violation du principe de la contradiction), elle jugeait que «la recevabilité de l'appel-nullité est conditionnée par l'existence de griefs autonomes tels l'excès de pouvoir ou la violation d'un principe fondamental de procédure» (Com., 1er octobre 1997, pourvoi nº 94-15.084, *Bull.* 1997, IV, nº 232; pour le principe de la contradiction, voir par exemple, Com., 14 février 1995, pourvoi nº 92-20.941, *Bull.* 1995, IV, nº 45).

Il a été mis fin à cette dualité de solutions par l'arrêt de la chambre mixte précité du 28 janvier 2005 aux termes duquel «ne constitue pas un excès de pouvoir la violation du principe de la contradiction». Le recours pour excès de pouvoir, tel que circonscrit par la chambre mixte, devenait ainsi la norme. Par la suite, la chambre commerciale n'a pas admis de recours pour excès de pouvoir fondé sur le principe de la contradiction ou la méconnaissance de l'objet du litige (Com., 28 janvier 2014, pourvoi nº 12-25.008, *Bull.* 2004, IV, nº 26) ou encore un défaut de motivation (Com., 26 janvier 2010, pourvoi nº 08-21.330, *Bull.* 2010, IV, nº 19). Toutefois, un arrêt du 16 juin 2009 a pu estimer que constituait «un excès de pouvoir le fait pour un juge, qui se prononce en matière de réalisation de l'actif du débiteur en liquidation judiciaire, de statuer sans que le débiteur ait été entendu ou dûment appelé» (Com., 16 juin 2009, pourvoi nº 08-13.565, *Bull.* 2009, IV, nº 82). Cet arrêt n'est pas resté isolé (voir notamment Com., 8 janvier 2013, pourvoi nº 11-26.059, *Bull.* 2013, IV, nº 2), démontrant la volonté de la chambre commerciale,

tant sous l'empire de la loi de 1985 que sous celle de 2005, de maintenir une exception à l'absence de recours, dans des hypothèses très particulières.

Ce qu'il est intéressant d'observer c'est que, parallèlement à ce mouvement jurisprudentiel, la loi du 26 juillet 2005 précitée, confirmée en cela par l'ordonnance du 18 décembre 2008 précitée, laissait entrevoir un avenir moins sombre pour les recours dans le cadre du droit des entreprises en difficulté. La Cour de cassation en a pris acte. Pour s'en tenir à ce stade à l'exemple précité de la réalisation d'actifs du débiteur en liquidation judiciaire, la solution apportée par l'arrêt du 16 juin 2009 est aujourd'hui sans portée, le législateur ayant lui-même ouvert les voies de recours (article R. 642-37-1 du code de commerce).

Ainsi, si la norme jurisprudentielle de l'excès de pouvoir réagit à la loi, sans doute inspire-t-elle également la norme législative, la seconde rappelant que la première est de nature palliative.

2. Le recours pour excès de pouvoir : une norme jurisprudentielle palliative

Nécessaire, la théorie de l'excès de pouvoir reste pourtant profondément perturbatrice, voire porteuse de désordre, en raison du paradoxe existentiel qui la caractérise puisqu'elle consacre des voies de recours *contra legem* au nom du respect des pouvoirs juridictionnels du juge (N. Fricero, article préc., p. 17 et s., spéc. p. 23). Le législateur, en ouvrant les voies de recours classiques, a permis que cette création prétorienne retrouve sa nature première : être un palliatif exceptionnel, en cas d'excès de pouvoir et de fermeture des voies de recours légales.

Les voies de recours offertes au débiteur en présence d'un plan de cession illustrent remarquablement pourquoi le palliatif des recours-nullité subsiste tout en restant exceptionnel. La loi du 25 janvier 1985 précitée fermait l'appel au débiteur contre un jugement arrêtant un plan de cession. Par suite, en présence d'un plan de cession comprenant, à tort, des biens personnels appartenant aux associés de la société débitrice, la Cour de cassation, par une décision du 3 mars 1992, a jugé recevable le pourvoi en cassation du débiteur critiquant l'arrêt interprétatif de la cour d'appel qui a déclaré irrecevable son appel : « aucune disposition régissant les procédures collectives n'interdit de faire constater, selon les voies de recours du droit commun, la nullité d'une décision entachée d'excès de pouvoir » (Com., 3 mars 1992, pourvoi n° 90-12.602, *Bull.* 1992, IV, n° 103). Prenant acte de la nécessité d'ouvrir l'appel au débiteur, la loi du 26 juillet 2005 précitée le prévoit dans son article L. 661-6, III, laissé inchangé par l'ordonnance du 18 décembre 2008 précitée. On aurait pu croire devenu inutile tout recours pour excès de pouvoir… Et pourtant, la Cour de cassation a dû reconnaître la persistance de son intérêt, pour garantir l'effectivité de l'ouverture de l'appel réformation consacrée par la loi. Dans son arrêt du 12 juillet 2017, elle juge : « le débiteur a qualité pour former appel du jugement arrêtant le plan de cession de l'entreprise, la cour d'appel, en déclarant l'appel de la société ADT irrecevable, a commis un excès de pouvoir négatif que cette société pouvait dénoncer par la voie du recours en cassation » (Com., 12 juillet 2017, pourvoi n° 16-12.544, publié au *Bulletin*).

Toutefois, les recours-nullité doivent rester exceptionnels pour ne pas donner les moyens aux justiciables de contourner les règles de la procédure civile garante de la sécurité juridique au nom de la Convention européenne des droits de l'homme et du

bloc de constitutionnalité (A. Perdriaux, « Existe-t-il des "pourvois-nullité" ? », *D.* 2002, p. 1993). Ainsi, en toute logique, la jurisprudence de la Cour de cassation consacre-t-elle une conception d'autant plus restrictive de l'excès de pouvoir que les voies de recours légales donnent satisfaction. D'aucuns ont pu cependant regretter la conception particulièrement restrictive de cette notion, consacrée par l'arrêt du 13 décembre 2017 refusant de qualifier d'excès de pouvoir la violation de la loi caractérisée commise par les juges du fond qui autorisent, à la demande de l'administrateur judiciaire, la prolongation de la période d'observation contre l'avis du ministère public pourtant seul légalement autorisé à demander ce prolongement exceptionnel (Com., 13 décembre 2017, pourvoi nº 16-50.051, publié au *Bulletin* ; Ph. Roussel Galle, « Prolongation exceptionnelle de la période d'observation en l'absence de demande du ministère public », *Rev. Sociétés*, 2018, p. 202 ; J.-L. Vallens, « Le tribunal peut impunément prolonger la période d'observation », *RTD com.* 2018, p. 213).

Marginalisée par l'ouverture des voies de recours, la création prétorienne de l'excès de pouvoir persiste comme ultime rempart.

Néanmoins, si elle demeure exceptionnelle dans sa reconnaissance, elle ne l'est pas dans son régime, la jurisprudence ayant refusé d'élaborer une norme spécifique à cet égard : « les recours permettant de sanctionner l'excès de pouvoir du juge empruntent les formes des recours établies par les textes » (N. Fricero, article préc., p. 32). Pour un appel-nullité, un pourvoi-nullité, la qualité de partie s'impose, même si cette dernière est parfois difficile à définir en droit des entreprises en difficulté. La qualité de tiers doit également être vérifiée pour prétendre à une tierce opposition nullité. Les délais de droit commun pour agir restent applicables : dix jours pour interjeter appel à compter de la notification et deux mois à compter de la signification de l'arrêt pour se pourvoir en cassation (L. Bernardini, « L'excès de pouvoir dans les procédures collectives », *LPA* 28 novembre 2008, nº 239, p. 21).

B. La théorie prétorienne de l'excès de pouvoir en matière pénale

D'essence également prétorienne en matière pénale, l'excès de pouvoir peut être défini comme la transgression par le juge compétent pour connaître du litige, d'une règle d'ordre public par laquelle la loi a circonscrit son autorité (Req., 5 juillet 1875, *D. P.* 1875, I, p. 475 ; *S.* 1876, I, 108 ; concl. Reverchon, voir également concl. Matter, *Gaz. Pal.* 1936, 1, p. 571).

L'examen des décisions rendues par la chambre criminelle permet de distinguer deux catégories d'excès de pouvoir commises par le juge pénal : tantôt en empiétant sur les pouvoirs d'une autre autorité (1), tantôt en transgressant les limites du litige qui lui est soumis (2).

1. L'excès de pouvoir par empiétement sur les pouvoirs d'une autre autorité

Par le mot « autorité », on désignera le pouvoir législatif (a), le pouvoir exécutif (b) ou encore une autre juridiction (c).

a. L'excès de pouvoir par empiétement sur le pouvoir législatif

En premier lieu, le juge ne doit être en principe que la bouche de la loi. Par conséquent, commet un excès de pouvoir le juge pénal qui, sous prétexte de rechercher des circonstances atténuantes, critique les termes d'un ordre du jour, voté par le Parlement, et dénie à cette assemblée le droit de prendre une telle résolution (Crim., 13 juin 1879, *S.* 1879, 1, p. 385 ; Crim., 30 janvier 1883, *S.* 1883, 1, p. 111) ou, plus frontalement encore, critique une disposition législative (Crim., 17 mai 1907, *Bull. crim.*, n° 239; *S.* 1908, 1, p. 249, concl. Baudouin; Ch. réunies, 30 avril 1908, *S.* 1909, 1, p. 337, note Roux).

Dans le même ordre d'idées, le juge répressif commet un excès de pouvoir s'il prononce une peine qui n'est prévue par aucun texte, violant par la même occasion le principe de légalité des peines (Crim., 14 octobre 1953, *Bull. crim.* 1953, n° 267).

Pour de plus récentes applications en droit pénal des affaires, s'agissant de peines complémentaires prononcées par le juge sans être prévues par les textes d'incrimination de l'abus de biens sociaux (Crim., 12 septembre 2001, pourvoi n° 01-80.895 ; *RJDA* 2002, n° 5 ; *Dr. Pénal* 2002, comm. 6, obs. J.-H. Robert; Crim., 6 décembre 2006, pourvoi n° 06-82.860, *D.* 2007, p. 1624, note C. Mascala ; *Dr. sociétés* 2007, comm. 58, obs. R. Salomon; Crim., 23 septembre 2009, pourvoi n° 08-88.228 ; *Dr. Sociétés* 2010, comm. 16, obs. R. Salomon ; Crim., 28 octobre 2015, pourvoi n° 14-82.450, *Dr. Sociétés* 2016, comm. 18, obs. R. Salomon) ou encore s'il modifie les règles et garanties prévues par la loi pour assurer le recouvrement des créances contre le condamné (Crim., 10 février 1966, pourvoi n° 65-93.217, *Bull. crim.* 1966, n° 40).

En second lieu, conséquence de l'interdiction faite au juge depuis la loi des 16 et 24 août 1790 de rendre des « arrêts de règlement » (code civil, article 5 : « Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui lui sont soumises »), le juge a pour stricte mission d'appliquer et d'interpréter la loi à l'occasion de l'espèce qu'il tranche.

Ainsi, est censurée pour excès de pouvoir la décision du juge qui se fonde sur un barème préétabli par sa juridiction pour fixer une peine (Crim., 25 mai 1971, n° 70-92.570, *Bull. crim.* 1971, n° 175 ; Crim., 11 juin 1986, *D.* 1986, p. 580, note D. Mayer) ou pour évaluer le montant des dommages et intérêts à verser à la victime (Crim., 3 octobre 1962, *Bull. crim.* 1962, n° 258).

Pas davantage, le juge ne peut rejeter l'exception d'illégalité d'un arrêté, soulevée par le prévenu, en se référant par exemple à ses précédentes décisions ou à un arrêt, rendu par la chambre criminelle (Crim., 18 juillet 1991, n° 90-82.208, *Bull. crim.* 1991, n° 301).

b. L'excès de pouvoir par empiétement sur le pouvoir exécutif

Commet aussi un excès de pouvoir le juge qui adresse un blâme à l'autorité administrative (Crim., 26 novembre 1869, *Bull. crim.* 1869, n° 242 ; Crim., 17 août 1916, *Bull. crim.* 1916, n° 193), qui refuse d'appliquer une décision administrative pour des raisons économiques, se substituant ainsi à cette autorité (Crim., 7 novembre 1908, *Bull. crim.*, n° 427 ; Crim., 10 octobre 1974, n° 73-93.357, *Bull. crim.* 1974, n° 291), ou encore qui ordonne la consolidation ou la démolition d'un immeuble ayant fait l'objet d'un arrêté de péril. Empiète également sur les pouvoirs de l'administration le juge qui apprécie la légalité d'un acte administratif dont ne dépend pas la solution du litige

(Crim., 11 juillet 1994, nº 93-85.801, *Bull. crim.* 1994, nº 271) ou qui apprécie une décision, rendue par une autorité administrative quelconque. En revanche, lorsqu'il est compétent pour apprécier la légalité d'un acte administratif, le juge répressif a plénitude de juridiction sur tous les moyens d'annulation (détournement de pouvoir ou encore erreur manifeste d'appréciation).

c. L'excès de pouvoir par empiétement sur le pouvoir d'une autre juridiction

Ces cas d'excès de pouvoir se rencontrent lorsque le juge répressif censure les actes du parquet (Crim., 17 décembre 1847, *Bull. crim.* 1847, nº 299; Crim., 17 février 1900, *Bull. crim.* 1900, nº 73) ou critique l'exercice, par ce dernier, de son pouvoir d'opportunité des poursuites (Crim., 21 mai 1979, nº 78-92.205, *Bull. crim.* 1979, nº 178).

Mais il peut y avoir également excès de pouvoir de la part d'un juge pénal à l'égard d'une autre formation juridictionnelle répressive. Il en est ainsi tout d'abord s'il critique la jurisprudence de la Cour de cassation (Crim., 7 juillet 1847, *S.* 1847, 1, p. 630, note Dupin; Crim., 28 novembre 1903, *S.* 1905, 1, p. 367). Mais, le plus souvent, il s'agit d'empiéter sur la compétence d'un autre juge pénal. Ainsi, si le président de la chambre des appels correctionnels peut, d'office, en application de l'article 501-1 du code de procédure pénale, prononcer la non-admission des appels formés hors délai, devenus dans objet ou dont le demandeur s'est désisté, il ne peut en revanche, sans commettre un excès de pouvoir, prononcer la non-admission d'un appel irrecevable pour toute autre cause, cette faculté étant réservée à la seule formation de jugement de la cour d'appel, en application de l'article 514 du même code (Crim., 11 octobre 2011, pourvoi nº 11-85.042, *Bull. crim.* 2011, nº 199).

Par ailleurs, il est de principe en procédure pénale qu'en application de l'adage « pas de réfaction d'un acte illégal sans annulation préalable », un tel acte ne peut jamais être refait par son auteur sans qu'il ait été préalablement annulé par la chambre de l'instruction compétente (Crim., 8 décembre 1899, *Bull. crim.* 1899, nº 355, *S.* 1901, 1, 153, note Roux ; Crim., 24 mars 1992, pourvoi nº 92-80.100, *Bull. crim.* 1992, nº 125). Par conséquent, le juge des libertés et de la détention ne saurait, sans excès de pouvoir, substituer une nouvelle ordonnance de prolongation de la détention provisoire à celle précédemment prise, qu'il estime entachée d'irrégularité, avant que la chambre de l'instruction n'ait statué sur l'irrégularité alléguée (Crim., 13 octobre 2004, pourvoi nº 04-84.922, *Bull. crim.* 2004, nº 242). Pas davantage, le juge d'instruction ne peut recommencer un interrogatoire de première comparution, entaché d'irrégularité, sans empiéter sur les attributions de la chambre de l'instruction (Crim., 19 septembre 2017, pourvoi nº 17-81.016, *Bull. crim.* 2017, nº 224).

À l'inverse, la chambre de l'instruction ne peut valablement empiéter sur le pouvoir du juge d'instruction. Il résulte en effet de la combinaison des articles 81, alinéa 1, et 207, alinéa 2, du code de procédure pénale qu'en vertu du principe d'indépendance qui régit les fonctions de juge d'instruction, lorsque, en toute autre matière que la détention provisoire, la chambre de l'instruction infirme une ordonnance de ce juge et que, n'usant pas de la faculté d'évoquer, elle renvoie le dossier au juge d'instruction ou à tel autre afin de poursuivre l'information, elle ne peut, sans excès de pouvoir, lui donner d'injonction quant à la conduite de l'information (Crim., 25 juin 1996, pourvoi nº 96-81.239, *Bull. crim.* 1996, nº 272 ; Crim., 27 mars 2001, pourvoi nº 00-88.237 ; Crim., 9 décembre 2015, pourvoi nº 13-84.163, *Bull. crim.* 2015, nº 284) et, notamment,

de procéder à des mises en examen (Crim., 25 juin 1996, préc.; Crim., 31 octobre 2017, pourvoi nº 16-86.897, *Bull. crim.* 2017, nº 224).

L'excès de pouvoirs du juge répressif peut enfin se manifester à l'égard du juge civil, lorsque, en particulier, le premier valide une saisie conservatoire à la demande de la partie civile (Crim., 17 décembre 1963, pourvoi nº 63-91.240, *Bull. crim.* 1963, nº 362) ou ordonne le remboursement de prestations purement statutaires, résultant d'une convention collective de travail et non pas du délit retenu à l'encontre du prévenu (Crim., 23 janvier 1964, pourvoi nº 62-92.440, *Bull. crim.* 1964, nº 27).

2. L'excès de pouvoir par violation des limites du litige

Cet excès de pouvoir peut être positif, lorsque le juge dépasse le cadre de ses attributions (a), ou négatif, lorsque celui-ci refuse de se reconnaître un pouvoir que la loi lui confère (b).

a. L'excès de pouvoir positif

Il peut s'agir en premier lieu de la violation par le juge pénal des règles de saisine. Ainsi, conséquence de sa saisine *in rem*, la juridiction d'instruction ne peut, au risque de commettre un excès de pouvoir, statuer sur des faits postérieurs à la mise en mouvement de l'action publique qui n'ont pas fait l'objet d'un réquisitoire supplétif (Crim., 3 janvier 1970, pourvoi nº 68-93.382, *Bull. crim.* 1970, nº 6; Crim., 24 novembre 1998, pourvoi nº 98-83.247, *Bull. crim.* 1998, nº 315), alors même qu'il s'agirait de faits s'intégrant dans un délit continu.

Toutefois cette jurisprudence n'a pas vocation à s'appliquer lorsque la chambre de l'instruction fait usage de son droit d'extension des poursuites, par voie d'évocation ou de révision, en application des articles 202 et 204 du code de procédure pénale.

Le juge répressif est en outre tenu de respecter la règle du dessaisissement lorsqu'il s'est prononcé (*lata sententia, judex desinit esse judex*). Il commet un excès de pouvoir s'il réforme la décision qu'il a rendue (Crim., 24 février 1959, *Bull. crim.* 1959, nº 126; Crim., 26 juin 1984, nº 83-93.528, *Bull. crim.* 1984, nº 242; Crim., 9 février 1994, pourvoi nº 93-81.360, *Bull. crim.* 1994, nº 361), s'il modifie celle-ci en prévision des décisions susceptibles d'intervenir ultérieurement (Crim., 5 janvier 1924, *Bull. crim.* 1924, nº 13) ou encore s'il accueille un recours non prévu par la loi, tel que la requête civile (Crim., 18 juin 1959, *Bull. crim.* 1959, nº 322).

En second lieu, la chambre criminelle juge que commet un excès de pouvoir le président de la chambre de l'instruction (Crim., 4 avril 2007, pourvoi nº 07-80.929, *Bull. crim.* 2007, nº 107; Crim., 28 octobre 2008, pourvoi nº 08-82.524, *Bull. crim.* 2008, nº 216; Crim., 18 juin 2014, pourvoi nº 14-81.422, *Bull. crim.* 2014, nº 155), de la chambre des appels correctionnels (Crim., 2 avril 2008, pourvoi nº 08-80.067, *Bull. crim.* 2008, nº 92; Crim., 25 novembre 2009, pourvoi nº 09-84.522, *Bull. crim.* 2009, nº 196; Crim., 27 janvier 2010, pourvoi nº 09-82.007) ou de la chambre de l'application des peines (Crim., 28 octobre 2009, pourvoi nº 09-80.923, *Bull. crim.* 2009, nº 180; Crim., 12 novembre 2009, pourvoi nº 09-82.946, *Bull. crim.* 2009, nº 190; Crim., 18 décembre 2013, pourvoi nº 12-87.281, *Bull. crim.* 2013, nº 266) qui déclare irrecevable un recours qui est en réalité recevable.

La Cour de cassation a également censuré une ordonnance qui s'était fondée sur des difficultés de fonctionnement de la chambre de l'instruction et sur la nécessité d'opérer des choix dans les contentieux, alors que le président devait motiver sa décision au regard des spécificités de l'information en cause (Crim., 8 janvier 2013, pourvoi nº 12-84.953, *Bull. crim.* 2013, nº 2).

b. L'excès de pouvoir négatif

L'omission de statuer, dans la mesure où elle est régie par les articles 593 et suivants du code de procédure pénale, ne fera pas l'objet de développements particuliers dans cette étude, puisqu'elle ne résulte pas d'une construction prétorienne *praeter legem*.

En revanche, la chambre criminelle a apporté un tempérament, fondé sur l'excès de pouvoir négatif, à la règle selon laquelle la décision du président de la chambre de l'instruction, prise en application de l'article 186-1 du code de procédure pénale, n'est pas susceptible de recours (Crim., 6 juin 1973, pourvoi nº 73-91.284, *Bull. crim.* 1973, nº 257 ; Crim., 22 décembre 1975, pourvoi nº 75-92.931, *Bull. crim.* 1975, nº 293 ; Crim., 27 mai 1986, pourvoi nº 85-95.841, *Bull. crim.* 1986, nº 174; Crim., 16 février 2010, pourvoi nº 09-86.363, *Bull. crim.* 2010, nº 27). En effet, le pourvoi en cassation est exceptionnellement admis lorsqu'une telle ordonnance est entachée d'excès de pouvoir en matière de refus d'actes d'instruction complémentaires (Crim., 18 décembre 2001, pourvoi nº 01-86.958 *Bull. crim.* 2001, nº 271 ; Crim., 4 janvier 2005, pourvoi nº 04-86.215, *Bull. crim.* 2005, nº 2 ; Crim., 1er février 2006, pourvoi nº 05-85.491 ; Crim., 1er octobre 2013, pourvoi nº 13-81.813, *Bull. crim.* 2013, nº 182 : encourt l'annulation pour excès de pouvoir l'ordonnance du président de la chambre de l'instruction qui, à la suite d'un appel de refus d'actes d'instruction complémentaires, refuse de saisir la chambre sans l'avis motivé du procureur de la République tel qu'exigé par l'article 186-1 du code de procédure pénale).

Par ailleurs, la chambre criminelle a forgé – en marge de l'article 4 du code civil, qui interdit au juge de refuser de juger « sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi » – un cas d'excès de pouvoir négatif, le juge méconnaissant, en pareil cas, les règles de son office.

Depuis un vieil arrêt de principe de 1806, la haute juridiction a consacré cette théorie. Elle a ainsi cassé un arrêt de la cour d'appel impériale, acquittant un père, accusé d'avoir soustrait son fils à la conscription, au motif qu'il était « très douteux que cette soustraction pût être passible des peines prononcées par la loi contre les étrangers » (Crim., 22 août 1806, *Bull. crim.* 1806, nº 141).

Plus récemment, commet un déni de justice le juge qui, au lieu d'interpréter la loi comme il en a le devoir, se décharge de sa mission sur un tiers : tel est le cas du juge pénal qui en réfère au législateur, commet un expert pour donner son avis sur un point de droit (Crim., 8 avril 1935, *D. P.* 1935, 1, p. 94, note P. Mimin), invite le ministère public à produire la loi prévoyant la peine dont il requiert l'application (Trib. cass., 28 frimaire an VIII) ou encore sursoit à statuer jusqu'à ce qu'un autre juge, saisi de la même question, se soit prononcé. Dans tous ces cas, l'excès de pouvoirnégatif du juge résulte de ce que ce dernier s'est déchargé de son pouvoir de dire de droit.

Pareillement, un sursis à statuer pour un temps indéterminé, qui interrompt le cours de la justice, constitue un excès de pouvoir, équivalant à un déni de justice (Crim.,

3 juillet 1987, pourvoi nº 87-83.108, *Bull. crim.* 1987, nº 282 ; Crim., 1er décembre 1999, pourvoi nº 98-83.509, *Bull. crim.* 1999, nº 288 ; Crim., 2 juin 2010, pourvoi nº 09-83.561).

§ II. L'encadrement du recours

Le droit d'accès aux tribunaux n'est pas absolu. Comme le souligne la Cour européenne des droits de l'homme, il peut donner lieu à des limitations implicitement admises variant dans le temps et dans l'espace en fonction des besoins et des ressources de la communauté et des individus (CEDH, arrêt du 28 mai 1985, Ashingdane c. Royaume-Uni, nº 8225/78, § 57). La Cour de cassation participe à l'élaboration de ces limites, en particulier lorsqu'elle créé un mécanisme de purge des irrégularités procédurales (A), qu'elle favorise les modes alternatifs de règlement des différends en donnant sa pleine efficacité aux clauses de conciliation obligatoire (B) ou qu'elle définit, en procédure pénale, des cas de nullités substantielles ou virtuelles (C).

A. La création de mécanismes de purge des irrégularités en soins sans consentement

Parmi les mécanismes dégagés par la jurisprudence afin de rationaliser la recevabilité des moyens, il existe une méthode, parfois qualifiée de « purge des irrégularités », qui fixe une décision au-delà de laquelle certaines contestations ne sont plus recevables. La Cour de cassation a créé, de manière prétorienne, de tels mécanismes dans le contentieux des soins psychiatriques, matière confiée au juge des libertés et de la détention (JLD) statuant à l'occasion d'une procédure civile.

Deux arguments principaux, relevant du droit processuel, plaidaient en faveur d'un mécanisme de limitation de la recevabilité des moyens portant sur la régularité de la procédure administrative de soins sans consentement :

– d'une part, l'autorité de la chose jugée ne semble pas permettre un nouvel examen de la situation initiale du patient lorsque le JLD avait déjà examiné la régularité de l'admission en soins psychiatriques sans consentement ;

– d'autre part, l'office du juge judiciaire s'inscrit ici dans sa mission de garant de la liberté individuelle ; même lorsqu'il contrôle la régularité de la procédure administrative d'admission, sur le fondement de l'article L. 3216-1 du code de la santé publique, son office se distingue de celui du juge administratif : il est moins le juge de l'acte administratif que le juge d'une situation de limitation des libertés individuelles dont il doit s'assurer de la nécessité (Avis de la Cour de cassation, 11 juillet 2016, nº 16-70.006, *Bull.* 2016, Avis nº 6). Ainsi qu'il résulte des débats parlementaires : « c'est l'intérêt de la personne qui prime, avant la notion d'irrégularité » (séance du 16 juin 2011 au Sénat).

Dans ce contexte, la faculté reconnue au JLD, par les articles L. 3211-12 et R. 3211-14 du code de la santé publique, de se saisir d'office à tout moment de la « situation » d'une personne faisant l'objet de soins psychiatriques et d'ordonner toute mesure d'instruction laisse penser que le juge peut relever d'office tout moyen susceptible de conduire à la mainlevée de la mesure, sous la réserve de respecter le principe de la contradiction qui résulte de l'article 16 du code de procédure civile.

Dans ces conditions, toute décision du JLD, en particulier celle du maintien de l'hospitalisation sans consentement à l'issue du délai de douze jours, à l'occasion de laquelle

le juge a l'opportunité d'examiner la régularité de la procédure et de relever d'office un moyen, semblait emporter naturellement validation de la régularité de la procédure.

L'arrêt du 19 octobre 2016 a ainsi instauré un mécanisme de rationalisation de la recevabilité des moyens portant sur la régularité de la procédure et prévu qu'« à peine d'irrecevabilité, prononcée d'office, aucune irrégularité de la procédure antérieure à une audience à l'issue de laquelle le juge des libertés et de la détention se prononce sur la mesure de soins, ne peut être soulevée lors d'une instance ultérieure devant ce même juge » (1re Civ., 19 octobre 2016, pourvoi n° 16-18.849, *Bull.* 2016, I, n° 200).

Désormais, la décision par laquelle un JLD ordonne la poursuite de la mesure de soins psychiatriques sans consentement, notamment après les douze premiers jours d'hospitalisation complète, valide la procédure antérieure. La doctrine a favorablement accueilli cette évolution, présentée comme venant « renforcer la mission du JLD garant de la liberté individuelle » (*JCP* 2016, éd. G, n° 46, 1212, note M. Douchy-Oudot, voir aussi *Resp. civ. et assur.*, 2016, comm. 347, note L. Bloch, et, pour un point de vue plus critique, comparant ce mécanisme à celui qui existe en procédure pénale, *Dalloz actualité*, 8 novembre 2016, R. Mésale).

B. La portée des clauses de conciliation préalables obligatoires

Depuis déjà près de vingt ans, les modes alternatifs de règlement des conflits (MARC) bénéficient d'une promotion croissante de la part du législateur : dans un dessein reflétant un sens élevé de la justice, il s'agit d'inciter les parties, seules ou assistées d'un avocat, seules ou avec l'aide d'un tiers, à participer directement à la résolution de leur litige, par le dialogue et la concertation, de manière à aboutir à une solution acceptée et non pas à une solution imposée ; plus prosaïquement, dans un objectif traduisant une conception pragmatique de la justice, il s'agit de faciliter le dénouement des différends en évitant le recours aux juridictions afin de contribuer à leur allégement voire à leur désencombrement.

Par un arrêt du 14 février 2003 (Ch. mixte, 14 février 2003, pourvoi n° 00-19.423, *Bull.* 2003, Ch. mixte, n° 1, *Rapport* 2003, p. 473), la chambre mixte, composée de toutes les chambres de la Cour de cassation à l'exception de la chambre criminelle, a mis fin à une divergence de jurisprudence, jugeant qu'il « résulte des articles 122 et 124 du nouveau code de procédure civile que les fins de non-recevoir ne sont pas limitativement énumérées », et que, « licite, la clause d'un contrat instituant une procédure de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge, dont la mise en œuvre suspend jusqu'à son issue le cours de la prescription, constitue une fin de non-recevoir qui s'impose au juge si les parties l'invoquent ». En conséquence, « ayant retenu que l'acte de cession d'actions prévoyait le recours à une procédure de conciliation préalable à toute instance judiciaire pour les contestations relatives à l'exécution de la convention, la cour d'appel en a exactement déduit l'irrecevabilité du cédant à agir sur le fondement du contrat avant que la procédure de conciliation ait été mise en œuvre ».

De nouveau saisie en 2014, la chambre mixte de la Cour de cassation s'est prononcée sur un pourvoi qui avait trait à une clause contractuelle instituant une saisine, obligatoire et préalable à la saisine du juge, d'un conseil régional de l'ordre des architectes pour avis, suivie d'une tentative de conciliation amiable, et qui portait sur la sanction

du défaut de mise en œuvre de cette clause (Ch. mixte, 12 décembre 2014, pourvoi n° 13-19.684, *Bull.* 2014, Ch. mixte, n° 3, *Rapport* 2014, p. 426).

Elle a en effet été invitée à décider si la mise en œuvre d'une telle clause, non pas avant la saisine du juge mais après celle-ci, entrait dans les prévisions de l'article 126, alinéa 1, du code de procédure civile, selon lequel, « dans le cas où la situation donnant lieu à fin de non-recevoir est susceptible d'être régularisée, l'irrecevabilité sera écartée si sa cause a disparu au moment où le juge statue », de sorte qu'elle valait régularisation de la situation donnant lieu à la fin de non-recevoir et permettait d'écarter l'irrecevabilité encourue.

S'agissant du régime juridique spécifique de la sanction attachée à la méconnaissance de ces clauses, en dehors de la chambre sociale, les chambres civiles de la Cour de cassation s'étaient conformées à la jurisprudence qui avait été énoncée le 14 février 2003 par la chambre mixte et qu'elles avaient, de surcroît, enrichie, la chambre commerciale ayant jugé que la fin de non-recevoir pouvait être proposée en tout état de cause, en l'occurrence en appel (Com., 22 février 2005, pourvoi n° 02-11.519 ; Com., 23 octobre 2012, pourvoi n° 11-23.864), et la deuxième chambre civile ayant décidé qu'une décision d'irrecevabilité constituait un obstacle seulement temporaire, et non pas définitif, à l'examen de l'affaire au fond (2e Civ., 21 avril 2005, pourvoi n° 03-10.237).

En outre, la deuxième chambre civile, par un arrêt de cassation du 16 décembre 2010 (2e Civ., 16 décembre 2010, pourvoi n° 09-71.575, *Bull.* 2010, II, n° 212), et la chambre commerciale, par un arrêt de cassation du 3 mai 2011 (Com., 3 mai 2011, pourvoi n° 10-12.187), avaient jugé que la fin de non-recevoir pouvait être régularisée en cours d'instance.

À rebours de cette jurisprudence, l'arrêt du 12 décembre 2014 précité se plaçant résolument dans le sillage de l'arrêt du 14 février 2003, précité, et faisant prévaloir la force obligatoire du contrat qui constitue la loi des parties, la chambre mixte, saisie par la troisième chambre civile, a jugé que « la situation donnant lieu à la fin de non-recevoir tirée du défaut de mise en œuvre d'une clause contractuelle qui institue une procédure, obligatoire et préalable à la saisine du juge, favorisant une solution du litige par le recours à un tiers, n'est pas susceptible d'être régularisée par la mise en œuvre de la clause en cours d'instance ». Ainsi, la mise en œuvre d'une clause contractuelle de ce type doit-elle nécessairement intervenir *avant* la saisine du juge ; à défaut, l'action judiciaire est irrecevable, une nouvelle action demeurant toutefois possible après mise en œuvre de la clause.

Cette jurisprudence a été suivie par la troisième chambre civile de la Cour de cassation (3e Civ., 6 octobre 2016, pourvoi n° 15-17.989, *Bull.* 2016, III, n° 131).

Elle a été complétée par la deuxième chambre civile qui a précisé la portée d'une clause imposant ou permettant une médiation préalablement à la présentation d'une demande en justice relative aux droits et obligations contractuels des parties dans le contexte particulier de la mise en œuvre d'une mesure d'exécution forcée. Elle a ainsi jugé, substituant un motif de pur droit aux motifs erronés de l'arrêt attaqué, qu'en l'absence de stipulation expresse en ce sens, la clause ne peut faire obstacle à l'accomplissement d'une mesure d'exécution forcée et que, en conséquence, « nonobstant une telle clause et l'engagement d'une procédure de médiation, un commandement de payer valant saisie immobilière peut être délivré et le débiteur assigné à comparaître

à une audience d'orientation du juge de l'exécution» (2e Civ., 22 juin 2017, pourvoi no 16-11.975, publié au *Bulletin*).

Étant rappelé que, en matière de saisie immobilière, l'intervention du juge de l'exécution, sous l'autorité duquel sera mise en œuvre la saisie préalablement engagée par un commandement, s'impose, cet arrêt prend acte de la spécificité de la clause ici applicable en la rapportant à la mesure d'exécution et à la saisine du juge de l'exécution qu'elle induit, pour retenir que les débiteurs ne peuvent valablement opposer l'irrecevabilité de la demande tendant à la vente forcée de l'immeuble saisi au motif qu'ils avaient, antérieurement au commandement, saisi le médiateur prévu dans les conditions générales du prêt.

Cette jurisprudence s'inscrit dans le mouvement législatif visant à généraliser le recours aux modes alternatifs de règlement des conflits, en donnant force et effectivité aux clauses contractuelles instituant un préalable à la saisine du juge.

C. La théorie prétorienne des nullités substantielles ou virtuelles en procédure pénale

Le régime des nullités en droit pénal a toujours été marqué par le souci de concilier d'une part la défense des libertés et droits fondamentaux des justiciables, d'autre part la défense de l'intérêt général. Il a évolué au fil des années à la faveur des modifications législatives.

On rappellera que, traditionnellement, on distingue les nullités textuelles, dont la prescription est expressément prévue à peine de nullité (lesquelles pouvaient être d'ordre public ou d'ordre privé), des nullités substantielles, dont la prescription n'est pas expressément prévue à peine de nullité mais dont l'importance justifie que la violation soit sanctionnée par la nullité. La liste, non établie par le législateur, ressort donc de la compétence de la jurisprudence qui en a progressivement défini les contours, d'où leur appellation de «nullités virtuelles». Notons que ces nullités substantielles ou virtuelles peuvent aussi être d'ordre public (par exemple les règles de compétence) ou d'intérêt privé (par exemple les droits de la défense). Cette distinction présentait autrefois un intérêt dès lors que les nullités textuelles étaient automatiquement constatées, tandis que les nullités substantielles ou virtuelles supposaient la preuve d'un grief.

Tel n'est plus le cas depuis que la loi no 93-1013 du 24 août 1993 modifiant la loi no 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale a modifié les articles 171 et 802 du code de procédure pénale traitant des nullités :

– s'agissant de l'article 171, cette loi a, en effet, supprimé l'énumération qu'il comportait autrefois des nullités textuelles (il reste toutefois quelques nullités textuelles prévues çà et là) et précisé : «Il y a nullité lorsque la méconnaissance d'une formalité substantielle prévue par une disposition du présent code ou toute autre disposition de procédure pénale a porté atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne»;

– quant à l'article 802, qui exigeait autrefois un grief sauf les cas prévus par l'article 171, il dispose désormais : «En cas de violation des formes prescrites par la loi à peine de nullité ou d'inobservation des formalités substantielles, toute juridiction, y compris la Cour de cassation, qui est saisie d'une demande d'annulation ou qui relève d'office une telle irrégularité ne peut prononcer la nullité que lorsque celle-ci a eu pour effet de porter atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne».

Aujourd'hui, la chambre criminelle de la Cour de cassation, statuant sur les demandes de nullité, s'est orientée dans deux voies : d'une part, elle s'attache à l'examen du grief entendu comme un « grief intrinsèque » à la violation de certaines règles (1) et, d'autre part, elle développe le concept de « droit propre » s'agissant de la qualité de la personne qui est recevable à se prévaloir de telle ou telle irrégularité (2).

1. Le concept de « grief intrinsèque » entraînant *ipso facto* la nullité

La chambre criminelle de la Cour de cassation considère en effet que la violation de certaines irrégularités fait nécessairement grief. Ce faisant, elle respecte le texte même de l'article 802 du code de procédure pénale, mais se rapproche singulièrement du concept de « nullité sans grief » qui était autrefois retenu.

Vu l'ampleur du sujet, le concept de « grief intrinsèque » sera étudié dans le seul domaine des règles applicables à la garde à vue.

a. Le dépassement de la durée maximale de garde à vue

La durée de la garde à vue est, comme le prévoit l'article 63, II, du code de procédure pénale, de 24 heures, renouvelable une fois pour la même durée (sauf le cas d'infractions particulièrement graves pour lesquelles la durée spécifique est prévue par les articles 706-88 et 706-88-1 du code de procédure pénale).

La chambre criminelle a précisé que le dépassement de cette durée porte nécessairement atteinte aux intérêts de la personne gardée à vue, étant observé qu'il n'est pas possible de procéder successivement à plusieurs gardes à vue :

– que ce soit pour les mêmes faits, à des moments différents (Crim., 13 février 1996, pourvoi nº 95-85.538, *Bull. crim.* 1996, nº 74) ;

– que ce soit pour des faits différents, successivement (Crim., 17 mars 2004, pourvoi nº 03-87.739, *Bull. crim.* 2004, nº 69).

b. La notification tardive de ses droits au gardé à vue

L'article 63-1 du code de procédure pénale prévoit que « la personne placée en garde à vue est immédiatement informée » de ses droits (placement en garde à vue et durée de cette mesure, nature et date de l'infraction en cause, droit de prévenir un proche et son employeur, droit d'être examiné par un médecin, droit d'être assisté par un avocat et droit de se taire).

A été jugée tardive, après une interpellation survenue le 11 juillet à 23 h 35, une notification de garde à vue faite le lendemain à 2 h 15, la chambre criminelle précisant que « tout retard injustifié dans la mise en œuvre de cette obligation porte nécessairement atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne » (Crim., 30 avril 1996, pourvoi nº 95-82.217, *Bull. crim.* 1996, nº 182).

On peut toutefois s'interroger sur le point de savoir si la notification différée des droits peut être justifiée par certaines circonstances.

La première tient à la réalisation d'une perquisition. La position de la chambre criminelle est très claire à cet égard : une perquisition ne justifie aucunement le retard apporté à la notification des droits qui doit intervenir dès le placement en garde à vue

(Crim., 18 juin 1998, pourvoi nº 98-81.369, *Bull. crim.*1998 ; Crim., 14 décembre 1999, pourvoi nº 99-82.855, *Bull. crim.* 1999, nº 30). Et il importe peu qu'aucune audition de l'intéressé n'ait été faite « entre le moment où la garde à vue a été décidée et le moment où elle a été notifiée par procès-verbal, ainsi que les droits en découlant » (Crim., 10 mai 2000, pourvoi nº 00-81.201, *Bull. crim.* 2000, nº 182).

La deuxième circonstance tient à l'état alcoolique de l'intéressé.

Dans cette hypothèse, la chambre criminelle rappelle que « l'officier de police judiciaire ou, sous son contrôle, l'agent de police judiciaire, a le devoir de notifier les droits attachés au placement en garde à vue dès que la personne concernée se trouve en état d'en être informée » et que, là encore, « tout retard injustifié dans la mise en œuvre de cette obligation porte nécessairement atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne » (Crim., 4 janvier 1996, pourvoi nº 95-84.330, *Bull. crim.* 1996, nº 5 ; Crim., 10 mai 2011, pourvoi nº 10-87.362 ; Crim., 21 juin 2017, pourvoi nº 16-83.599 reprochant à l'arrêt de ne pas avoir expliqué « en quoi le dernier taux d'alcoolémie mesuré ne permettait pas au prévenu de comprendre la portée de la notification qu'il devait recevoir et nécessitait d'attendre pour qu'il y soit procédé »). En revanche, est censuré un arrêt de cour d'appel qui a estimé que, après une interpellation survenue à 0 h 35 avec un taux d'alcoolémie de 0,51 mg, était tardive la notification des droits faite le lendemain à 6 h 10, « sans mieux s'expliquer sur les mentions non contestées du procès-verbal de l'officier de police judiciaire ayant constaté que X… se trouvait dans un état d'imprégnation alcoolique tel qu'elle n'avait pas assez de lucidité pour s'entendre notifier les droits prévus aux articles 63-1 à 63-4 du code de procédure pénale ni les exercer utilement » (Crim., 4 janvier 2005, pourvoi nº 04-84.876, *Bull. crim.* 2005, nº 3).

De la même manière et lorsque le grief tient à une notification prématurée des droits, la chambre criminelle vérifie que l'intéressé avait retrouvé sa lucidité lors de cette notification (Crim., 21 juin 2017, pourvoi nº 16-84.158, *Bull. crim.* 2017, nº 174).

La troisième hypothèse tient au retard qui peut être apporté à la notification des droits en raison de la difficulté rencontrée par les enquêteurs pour trouver un interprète : la chambre criminelle considère que la notification des droits ne peut être différée lorsque « l'arrêt attaqué n'invoque aucune circonstance pouvant justifier qu'il ait été impossible, en l'espèce, de faire appel à un autre interprète que celui qui avait été requis » (Crim., 3 décembre 1996, pourvoi nº 96-84.503, *Bull. crim.* 1996, nº 443).

c. Le cas particulier de la notification du droit de se taire et d'obtenir l'assistance d'un avocat dès le début de la garde à vue

Parmi les droits qui doivent être notifiés à l'intéressé dès le début de sa garde à vue, la chambre criminelle rappelle régulièrement que « toute personne, placée en garde à vue, doit, dès le début de cette mesure, être informée de son droit de se taire et, sauf exceptions justifiées par des raisons impérieuses tenant aux circonstances particulières de l'espèce, pouvoir bénéficier, en l'absence de renonciation non équivoque, de l'assistance d'un avocat » (Crim., 31 mai 2011, pourvoi nº 11-81.412, *Bull. crim.* 2011, nº 116 ; Crim., 11 octobre 2011, pourvoi nº 11-81.627 ; Crim.,18 janvier 2012, pourvoi nº 11-86.231 ; Crim., 8 août 2012, pourvoi nº 12-81.732). Dans ces différents arrêts, la chambre criminelle a censuré la chambre de l'instruction qui avait rejeté l'exception de nullité, en soulignant qu'il lui appartenait, « après avoir constaté que les auditions

recueillies en garde à vue étaient irrégulières, d'annuler ces actes puis de procéder ainsi qu'il est prescrit par les articles 174 et 206 du code de procédure pénale ».

d. L'information du procureur de la République ou du juge d'instruction sur la garde à vue

L'article 63, I, du code de procédure pénale précise que, « dès le début de la mesure, l'officier de police judiciaire informe le procureur de la République, par tout moyen, du placement de la personne en garde à vue. Il lui donne connaissance des motifs justifiant, en application de l'article 62-2, ce placement et l'avise de la qualification des faits qu'il a notifié à la personne en application du 2° de l'article 63-1 ». On observera que, lorsque les enquêteurs agissent dans le cadre d'une commission rogatoire, l'information doit être portée, non pas à la connaissance du juge d'instruction de permanence, mais à celle du juge mandant (Crim., 2 février 2005, pourvoi n° 04-86.805, *Bull. crim.* 2005, n° 41).

La chambre criminelle a donc estimé tardives les informations délivrées :

– au juge d'instruction 5 heures après le placement en garde à vue (Crim., 29 février 2000, pourvoi n° 99-84.899, *Bull. crim.* 2000, n° 92) ;

– au ministère public 3 heures 30 (Crim., 10 mai 2001, pourvoi n° 01-81.441, *Bull. crim.* 2001, n° 119) ou encore 45 minutes après le placement en garde à vue (Crim., 24 mai 2016, pourvoi n° 16-80.564, *Bull. crim.* 2016, n° 155, dans une affaire où, si le temps écoulé est moindre que dans les cas précédents, l'avis au ministère public avait été différé du fait de la réalisation d'une perquisition jusqu'à 10 h 50 – dont on a vu qu'elle ne pouvait justifier le report de l'avis au parquet –, puis par la notification des droits à la personne gardée à vue de 11 h à 11 h 05 ; par ailleurs, la chambre de l'instruction avait rejeté l'exception de nullité en considérant que le ministère public avait été avisé du placement en garde à vue du prévenu 15 minutes seulement après que les droits du gardé à vue lui avaient été notifiés, ce qui n'était pas le critère adéquat puisque le délai imparti pour aviser le ministère public court à compter du début de la mesure et non pas de sa notification à l'intéressé).

En revanche, la chambre criminelle de la Cour de cassation a censuré un arrêt ayant estimé tardive l'information du procureur de la République opérée une heure après le placement (Crim., 12 avril 2005, pourvoi n° 04-86.780, *Bull. crim.* 2005, n° 125).

La chambre criminelle exige, par ailleurs, des chambres de l'instruction qu'elles recherchent et s'expliquent sur l'existence ou l'inexistence de circonstances insurmontables (Crim., 12 avril 2005, pourvoi n° 04-86.780, préc.). À cet égard, ne constituent pas une circonstance insurmontable justifiant un avis au procureur de la République délivré 1 heure 15 après le placement en garde à vue, les difficultés d'organisation et d'effectifs rencontrées par les enquêteurs, seraient-elles précisément décrites par la chambre de l'instruction (Crim., 20 mars 2007, pourvoi n° 06-89.050, *Bull. crim.* 2007, n° 85).

Enfin, si le texte prévoit que cette information peut être délivrée « par tout moyen », la jurisprudence apparaît de plus en plus exigeante sur ce point. Elle estime que la délivrance de cet avis ne peut s'induire ni du libellé du procès-verbal (PV) de notification de fin de garde à vue (Crim., 24 novembre 1998, pourvoi n° 98-82.496, *Bull. crim.* 1998, n° 314), ni des circonstances de la cause (Crim., 4 octobre 2016, pourvoi n° 16-82.416). Cette preuve doit donc résulter des éléments du dossier (Crim., 29 février 2000, pourvoi

nº 99-85.573, *Bull. crim.* 2000, nº 93). Mais, si la chambre criminelle de la Cour de cassation a d'abord jugé qu'« aucune disposition légale ou conventionnelle n'impose que l'accomplissement de la formalité prévue à l'article 77 du code précité, relative à l'information du procureur de la République d'un placement en garde à vue, soit consignée dans un PV dressé par l'officier de police judiciaire, tout acte de la procédure pouvant servir à établir l'existence de cette formalité » (Crim., 24 octobre 2000, pourvoi nº 00-85.407, *Bull. crim.* 2000, nº 306), on notera que, dans un arrêt plus récent, elle énonce que « lorsque l'officier de police judiciaire informe le procureur de la République d'un placement en garde à vue, il doit lui donner connaissance des motifs de ce placement et en faire mention dans le PV » (Crim., 25 juin 2013, pourvoi nº 13-81.977, *Bull. crim.* 2013, nº 154).

Enfin, s'agissant du respect de ces prescriptions, la chambre criminelle reprend systématiquement son attendu de principe selon lequel « tout retard, non justifié par une circonstance insurmontable, porte nécessairement atteinte aux intérêts de la personne gardée à vue » (Crim., 24 novembre 1998, pourvoi nº 98-82.496, *Bull. crim.* 1998, nº 314 ; Crim., 29 février 2000, pourvoi nº 99-84.899, *Bull. crim.* 2000, nº 92 ; Crim., 29 février 2000, pourvoi nº 99-85.573, *Bull. crim.* 2000, nº 93 ; Crim., 10 mai 2001, pourvoi nº 01-81.441, *Bull. crim.* 2001, nº 119 ; Crim., 2 février 2005, pourvoi nº 04-86.805, *Bull. crim.* 2005, nº 41 ; Crim., 22 février 2006, pourvoi nº 05-81.528 ; Crim., 25 juin 2013, pourvoi nº 13-81.977, *Bull. crim.* 2013, nº 154 ; Crim., 24 mai 2016, pourvoi nº 16-80.564, *Bull. crim.* 2016, nº 155 ; Crim., 4 octobre 2016, pourvoi nº 16-82.416).

e. Le défaut de compatibilité de la garde à vue avec l'état de santé de l'intéressé

Il va de soi que « la poursuite de la garde à vue d'une personne dans des conditions qui sont, selon le constat médical, incompatibles avec son état de santé, porte nécessairement atteinte à ses intérêts » (Crim., 27 octobre 2009, pourvoi nº 09-82.505, *Bull. crim.* 2009, nº 176 ; Crim., 14 mars 2017, pourvoi nº 16-84.352).

f. Le défaut d'enregistrement des auditions du gardé à vue

Les interrogatoires en garde à vue doivent, dans certains cas, faire l'objet d'un enregistrement audiovisuel : il en va ainsi des interrogatoires des mineurs en application de l'article 4, VI, de l'ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante et des interrogatoires des personnes gardées à vue pour crime en vertu de l'article 64-1 du code de procédure pénale.

En cas de défaut d'enregistrement, la chambre criminelle de la Cour de cassation applique, là encore, le concept du « grief intrinsèque » à la violation de cette disposition en considérant que « le défaut d'enregistrement audiovisuel des interrogatoires d'un mineur placé en garde à vue, non justifié par un obstacle insurmontable, porte nécessairement atteinte aux intérêts de la personne concernée » (Crim., 3 avril 2007, pourvoi nº 06-87.264, *Bull. crim.* 2007, nº 104 ; Crim., 12 juin 2007, pourvoi nº 07-80.194, *Bull. crim.* 2007, nº 155). Il en va de même du défaut d'enregistrement d'une personne entendue en garde à vue pour crime (Crim., 22 juin 2010, pourvoi nº 10-81.275, *Bull. crim.* 2010, nº 112).

Peu importe donc la teneur des déclarations de l'intéressé en garde à vue, voire qu'il ait usé de son droit de se taire, comme la chambre criminelle l'a clairement énoncé

à propos de l'enregistrement des interrogatoires menés par le juge d'instruction des personnes mises en examen pour crime, y compris celui de première comparution, prévu par l'article 116-1 du code de procédure pénale (Crim., 3 mars 2010, pourvoi nº 09-87.924, *Bull. crim.* 2010, nº 47; Crim., 22 juin 2016, pourvoi nº 15-87.752, *Bull. crim.* 2016, nº 196).

g. Le défaut de respect des formalités prévues lors de la prolongation de garde à vue

Les formalités à respecter en cas de prolongation de garde à vue sont prévues par l'article 63, II, du code de procédure pénale et, là encore, leur violation «porte nécessairement atteinte» aux intérêts de la personne qu'elle concerne (sur le défaut de notification au gardé à vue de la prolongation de la mesure : Crim., 30 janvier 2001, pourvoi nº 00-87.155, *Bull. crim.* 2001, nº 26; sur le défaut d'autorisation écrite du procureur de la République en l'absence de présentation de l'intéressé en vue de sa prolongation de garde à vue : Crim., 9 mai 2001, pourvoi nº 01-82.104, *Bull. crim.* 2001, nº 115; sur le défaut de présentation d'un mineur au magistrat en vue de la prolongation de sa garde à vue : Crim., 13 octobre 1998, pourvoi nº 98-83.152, *Bull. crim.* 1998, nº 259).

Si la chambre criminelle de la Cour de cassation facilite ainsi la tâche des mis en examen par le recours au concept de «préjudice intrinsèque», nous allons voir que, en revanche, elle reste vigilante sur la recevabilité des requêtes en nullité au regard de la qualité des requérants.

2. Le concept de «droit propre» limitant la recevabilité des demandes de nullité

L'article 170 du code de procédure pénale précise qu'«en toute matière, la chambre de l'instruction peut, au cours de l'information, être saisie aux fins d'annulation d'un acte ou d'une pièce de la procédure par le juge d'instruction, par le procureur de la République, par les parties ou par le témoin assisté».

Pour autant, toute partie est-elle recevable à invoquer la nullité de tout acte? Si l'on comprend qu'elle peut avoir intérêt à le faire (tel est le cas d'une personne mise en cause par les déclarations d'un tiers qu'elle peut vouloir faire annuler), cet intérêt personnel peut s'avérer contraire à l'intérêt général dès lors que l'ouverture très large des possibilités de contestations a pour conséquence de mettre en péril le principe de sécurité juridique.

Aussi la chambre criminelle s'emploie-t-elle, dans chaque type de situation, à déterminer si le requérant à la nullité invoque et justifie d'une atteinte à l'un de ses droits.

En préalable, on relèvera que sont largement ouvertes les possibilités de contestation dès lors qu'est établie l'utilisation, par les enquêteurs, voire le magistrat, de moyens de preuve déloyaux : la chambre criminelle a ainsi jugé que «c'est à tort que la chambre de l'instruction, pour rejeter la requête du mis en examen tendant à l'annulation d'interrogatoires d'autres mis en examen, énonce que celui-ci est sans qualité pour se prévaloir de la méconnaissance d'un droit appartenant en propre à une autre personne, alors que le demandeur invoquait la déloyauté d'actes accomplis par le juge d'instruction» (Crim., 15 décembre 2015, pourvoi nº 15-82.013, *Bull. crim.* 2015, nº 289); de même, elle rappelle régulièrement que la limitation du droit de contester la régularité d'une opération intervient «hors le cas où il a été recouru à un procédé déloyal par une

autorité publique», qu'il s'agisse de contestation portant sur une perquisition (Crim., 12 juillet 2016, pourvoi nº 16-81.198; Crim., 25 avril 2017, pourvoi nº 17-90.005) ou sur la géolocalisation d'un véhicule (Crim., 7 juin 2016, pourvoi nº 15-87.755, *Bull. crim.* 2016, nº 174; *D.* 2016, chron. p. 1602, note L. Ascensi; Crim., 2 novembre 2016, pourvoi nº 16-81.716, *Bull. crim.* 2016, nº 281; Crim., 14 novembre 2017, QPC nº 17-82.435, publié au *Bulletin*; Crim., 20 décembre 2017, pourvoi nº 17-82.435, publié au *Bulletin*).

Mais, en dehors de cette hypothèse particulière, la recevabilité de la demande en nullité est subordonnée à l'existence d'un «droit propre» du requérant. Telle était la position de la chambre criminelle jusqu'en 2006, date à laquelle a été rendu un arrêt concernant la requête en nullité présentée par une personne, contestant le contrôle d'identité effectué sur une autre : la chambre criminelle a alors censuré la décision de la cour d'appel qui avait écarté le moyen de nullité «sans rechercher si le contrôle d'identité à l'origine de la mise en examen de X avait été légalement effectué» (Crim., 6 septembre 2006, pourvoi nº 06-84.869, *Bull. crim.* 2006, nº 208; *JCP* 2007, éd. G., p. 34, note H. Matsopoulou). Mais cette décision semble n'avoir constitué qu'une «éclipse» du concept de «droit propre» qui, depuis lors, a été «affiné», tant il importe de trouver un juste équilibre entre le droit des personnes et les intérêts de la société.

Chaque type d'investigation ayant des incidences différentes sur l'atteinte portée aux droits de celui qui invoque l'irrégularité, il convient d'examiner les conditions de recevabilité des requêtes en nullité dans les différents domaines en cause : interpellations, gardes à vue, perquisitions, recueils d'information sur la téléphonie, écoutes téléphoniques, géolocalisations et enregistrements d'images ou de paroles.

a. La recevabilité des requêtes en nullité en matière d'interpellation

La chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé que «celui qui invoque l'absence ou l'irrégularité d'une formalité protectrice des droits des parties n'a qualité pour le faire que si cette irrégularité le concerne» (Crim., 14 décembre 1999, pourvoi nº 99-82.369, *Bull. crim.* 1999, nº 304).

b. La recevabilité des requêtes en nullité en matière de garde à vue

La régularité des conditions de garde à vue d'une personne peut être contestée par un tiers, à condition toutefois que ce dernier rapporte la preuve du grief propre qu'il subit de ce fait (il s'agira souvent de sa propre mise en cause par la personne dont l'audition en garde à vue est contestée).

Ainsi, celui qui invoque la nullité de la garde à vue d'un tiers ne peut se borner à «alléguer l'existence d'un grief qui résulterait pour lui de l'irrégularité de la garde à vue […] sans en apporter toutefois aucune démonstration» (Crim., 31 mai 2007, pourvoi nº 07-80.928, *Bull. crim.* 2007, nº 146; *Dr. pénal* 2007, comm. 163, note A. Maron; *Procédures* 2007, comm. 229, p. 20, note J. Buisson); de même, le défaut d'enregistrement d'un interrogatoire de mineur en garde à vue a pu être invoqué par un tiers qui était précisément mis en cause par ce mineur, dès lors que les juges avaient relevé que l'interrogatoire du mineur constituait le seul élément mettant en cause ce tiers (Crim., 28 septembre 2010, pourvoi nº 10-83.857) ou encore «le demandeur qui invoque la nullité des procès-verbaux d'audition, en garde à vue, d'une autre personne, prise du défaut, à l'égard de cette dernière, de la notification du droit de se taire et de bénéficier

de l'assistance effective et concrète d'un avocat, doit démontrer en quoi l'irrégularité qu'il allègue a porté atteinte à ses intérêts» (Crim., 27 avril 2011, pourvoi nº 11-80.076, *Bull. crim.* 2011, nº 75 ; *D.* 2011, Act., p. 1352, note M. Bombled).

Toutefois, une série d'arrêts rendus en 2012 se sont montrés plus catégoriques en jugeant que «la méconnaissance des formalités substantielles auxquelles est subordonnée la garde à vue ne peut être invoquée à l'appui d'une demande d'annulation d'acte ou de pièce de procédure que par la partie qu'elle concerne» (Crim., 14 février 2012, pourvoi nº 11-87.757, *Bull. crim.* 2012, nº 42 ; voir notamment parmi de nombreux commentaires doctrinaux : *D.* 2012, p. 779, note H. Matsopoulou ; *JCP* 2012, éd. G, p. 418, note J.-Y. Maréchal ; *AJ Pénal* 2012, Jurisprudence, p. 159, note C. Guéry ; *Dr. pénal* 2012, comm. 61, p. 41, note A. Maron et M. Haas ; Crim., 14 février 2012, pourvoi nº 11-84.694, *Bull. crim.* 2012, nº 43 ; Crim., 7 mars 2012, pourvoi nº 11-88.118, *Bull. crim.* 2012, nº 64 ; Crim., 13 mars 2012, pourvoi nº 11 88.737, *Bull. crim.* 2012, nº 67 ; Crim., 10 mai 2012, pourvoi nº 11-87.328, *Bull. crim.* 2012, nº 116).

Plus récemment, la chambre criminelle de la Cour de cassation a rappelé la nécessité, pour le tiers, d'établir le grief qu'il subit personnellement du fait du défaut d'enregistrement de l'interrogatoire d'un mineur en garde à vue en ces termes : «si c'est à tort que les juges prononcent par ces motifs [ils avaient rejeté l'exception de nullité des auditions des mineurs au motif que l'article 706-52 du code de procédure pénale a été adopté dans le seul intérêt de la victime] alors que l'enregistrement est également prévu dans l'intérêt de la personne mise en cause, l'arrêt n'encourt pas les griefs allégués dès lors qu'il ressort de ses constatations que M. L., à la lecture du PV d'audition critiqué, n'a pu justifier d'un grief résultant de l'irrégularité invoquée» (Crim., 24 juin 2016, pourvoi nº 16-80.564, *Bull. crim.* 2016, nº 155).

c. La recevabilité des requêtes en nullité en matière de perquisition

La recevabilité de la requête en nullité d'une perquisition est subordonnée au droit dont l'intéressé dispose sur le lieu perquisitionné (droit d'usage ou droit de propriété) : c'est ainsi que la chambre criminelle relève l'irrecevabilité du moyen «en ce qu'il vise la perquisition effectuée dans un local sur lequel le demandeur ne peut se prévaloir d'aucun droit» (Crim., 6 mars 2013, pourvoi nº 12-87.810, *Bull. crim.* 2013, nº 62 pour la perquisition effectuée ; Crim., 6 octobre 2015, pourvoi nº 15-82.247, *Bull. crim.* 2015, nº 217 ; Crim., 14 octobre 2015, pourvoi nº 15-81.765, *Bull. crim.* 2015, nº 223 ; Crim., 23 novembre 2016, pourvoi nº 16-81.904, *Bull. crim.* 2016, nº 306 ; Crim., 6 février 2018, pourvoi nº 17-84.380).

Saisie d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur cette interprétation des textes déclarant irrecevable le requérant à la nullité d'une perquisition réalisée dans un lieu sur lequel il ne justifie d'aucun droit, la chambre criminelle a estimé que «la question ne présente pas un caractère sérieux, dès lors, qu'en subordonnant la recevabilité d'un moyen de nullité pris de l'irrégularité d'une perquisition, à l'existence d'un droit propre de la personne concernée quant au lieu, objet de la mesure, hors les cas où serait démontré le recours à un procédé déloyal, les textes précités et leur interprétation jurisprudentielle constante opèrent une conciliation équilibrée entre, d'une part, les droits de la défense et le droit au respect de la vie privée, d'autre part, les principes de valeur constitutionnelle de prévention des atteintes à l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions ainsi que l'objectif de bonne administration de

la justice; qu'enfin, les termes des articles 76, 171 et 802 du code de procédure pénale et leur application jurisprudentielle n'apportent aucune restriction au principe de légalité» (Crim., 25 avril 2017, pourvoi nº 17-90.005).

d. La recevabilité des requêtes en nullité en matière de recueil d'informations sur la téléphonie

L'objet des investigations relatives à la téléphonie faites sur le fondement de l'article 77-1-1 du code de procédure pénale peut être différent et plus ou moins invasif : il peut s'agir simplement d'identifier un numéro de téléphone portable ayant déclenché une borne-relais, mais les démarches peuvent aussi avoir pour objectif d'identifier, à partir d'un numéro de téléphone, toutes les lignes téléphoniques entrées en contact avec celui-ci, qu'il s'agisse d'appels émis ou d'appels reçus (autrement dénommés «fadettes»).

La chambre criminelle s'est ainsi prononcée, par une même décision (Crim., 6 février 2018, pourvoi nº 17-84.380, publié au *Bulletin*), sur ces deux cas de figure.

S'agissant de réquisitions tendant à obtenir le numéro de téléphone d'un portable qui a déclenché une borne-relais, seule la personne titulaire ou utilisatrice de la ligne téléphonique en cause peut en contester la régularité, dès lors que, lorsque la requête émane d'un tiers, «sa vie privée n'est pas susceptible d'être mise en cause par cette recherche»; s'agissant, en revanche, de la régularité d'opérations tendant à obtenir, non seulement le nom du titulaire d'une ligne, mais également ses «fadettes», elle a estimé que sont recevables, non seulement les contestations du titulaire ou de l'utilisateur de la ligne concernée, mais également celles des personnes dont le numéro de la ligne figure parmi les «fadettes», dès lors que cette information met en cause leur vie privée. Encore faut-il que les requérants allèguent et justifient «devant la chambre de l'instruction, à partir des pièces de la procédure soumises à l'examen de cette juridiction, qu'il aurait été porté atteinte, à l'occasion des investigations litigieuses, à leur vie privée» (même décision).

e. La recevabilité des requêtes en nullité en matière d'écoutes téléphoniques

L'objet de la mesure est alors, non pas seulement d'identifier les numéros de ligne entrés en contact avec une autre, mais d'obtenir le contenu même des conversations échangées, ce qui, dans la hiérarchie des mesures attentatoires à la vie privée, est d'un degré supérieur. Alors que la Cour de cassation avait jugé que deux requérants étaient «sans qualité pour critiquer les conditions dans lesquelles a été ordonnée la prolongation d'écoutes téléphoniques sur une ligne attribuée à un tiers» (Crim., 27 septembre 1993, pourvoi nº 93-83.141), cette position a conduit à un constat de violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme par la Cour de Strasbourg (CEDH, arrêt du 24 août 1998, Lambert c. France, nº 88/1997/872/1084).

En conséquence, la chambre criminelle a fait évoluer sa jurisprudence en donnant le droit de contester une écoute téléphonique à celui qui, sans être le titulaire de la ligne écoutée, a vu ses conversations captées. Elle a ainsi jugé que «le demandeur est sans qualité pour contester la régularité de l'interception et de la transcription, ordonnées par commission rogatoire du juge d'instruction, de conversations échangées entre d'autres personnes mises en examen sur une ligne téléphonique qui ne lui est pas attribuée» (Crim., 14 novembre 2001, pourvoi nº 01-85.965, *Bull. crim.* 2001, nº 238; *JCP* 2002,

éd. G, p. 832, note P. Conte) mais que « toute personne mise en examen dont les conversations téléphoniques ont été enregistrées et retranscrites a[yant] qualité, au sens de l'article 171 du code de procédure pénale, pour contester la régularité de ces mesures » (Crim., 15 janvier 2003, pourvoi n° 02-87.341, *Bull. crim.* 2003, n° 10).

La chambre criminelle a également censuré un arrêt de chambre de l'instruction qui a rejeté le moyen d'annulation pris de l'irrégularité de l'enregistrement et de la transcription de conversations téléphoniques échangées entre le père des mis en examen et l'avocat, qui se trouvait être leur avocat commun, au motif qu'ils étaient sans qualité pour contester l'interception et la transcription de conversations, échangées sur une ligne téléphonique qui ne leur était pas attribuée, entre une tierce personne et son avocat « sans rechercher, comme elle y était tenue, s'il avait été porté atteinte au principe de la confidentialité des conversations téléphoniques entre un avocat et un client » (Crim., 18 janvier 2006, pourvoi n° 05-86.447, *Bull. crim.* 2006, n° 22).

f. La recevabilité des requêtes en nullité en matière de géolocalisation

L'essentiel des décisions rendues par la chambre criminelle de la Cour de cassation concerne la géolocalisation en temps réel de véhicules.

La jurisprudence considère qu'une « personne mise en examen ne saurait être admise à contester la régularité de la géolocalisation en temps réel d'un véhicule volé et faussement immatriculé sur lequel elle ne peut se prévaloir d'aucun droit, dès lors que les articles 230-32 à 230-44 du code de procédure pénale et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ne trouvent dans ce cas à s'appliquer » (Crim., 7 juin 2016, pourvoi n° 15-87.755, *Bull. crim.* 2016, n° 174 ; *D.* 2016, Chron. p. 1602, note L. Ascensi ; Crim., 2 novembre 2016, pourvoi n° 16-81.716, *Bull. crim.* 2016, n° 281 ; Crim., 20 décembre 2017, pourvoi n° 17-82.435, publié au *Bulletin*).

Saisie d'une question prioritaire de constitutionnalité sur ce point, la chambre criminelle a jugé la question non sérieuse « dès lors qu'en subordonnant la recevabilité d'un moyen de nullité pris de l'irrégularité d'une géolocalisation, à la condition que la personne concernée dispose d'un droit sur le véhicule géolocalisé dans le cas où le véhicule a été volé et faussement immatriculé, et hors le cas où serait démontré le recours par les autorités publiques à un procédé déloyal, les textes précités et leur interprétation jurisprudentielle constante opèrent une conciliation équilibrée entre, d'une part, les droits de la défense ainsi que le droit à un recours effectif devant une juridiction, d'autre part, les principes de valeur constitutionnelle de prévention des atteintes à l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions ; qu'enfin le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que des règles différentes soient appliquées à des situations différentes, ni à ce qu'il soit dérogé à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ; que la différence de situation entre la personne qui dispose de droits sur un véhicule volé et faussement immatriculé, tels le propriétaire de celui-ci ou la personne à qui il en aurait conféré l'usage, et celle qui n'en dispose pas justifie la différence de traitement induite par l'interprétation constante que la Cour de cassation fait des articles 230-32 à 230-44 du code de procédure pénale, laquelle est en rapport direct avec l'objet de la loi » (Crim., 14 novembre 2017, QPC n° 17-82.435, publié au *Bulletin*).

En dehors de l'hypothèse de la géolocalisation d'un véhicule volé et faussement immatriculé, la chambre criminelle a exigé que l'auteur de la contestation de la géolocalisation ait, soit un droit sur l'objet géolocalisé ou l'endroit où il se trouvait, soit établisse qu'il a été « porté atteinte à un autre intérêt qui lui serait propre » (Crim., 23 novembre 2016, pourvoi nº 16-81.904, *Bull. crim.* 2016, nº 306 pour la géolocalisation d'un conteneur ; Crim., 21 février 2017, pourvoi nº 16-85.542 pour la géolocalisation d'un véhicule stationné dans un parking).

g. La recevabilité des requêtes en nullité en matière d'enregistrement d'images ou de paroles

Les règles propres aux sonorisations et à la fixation d'images de certains lieux ou véhicules sont prévues par l'article 706-96 du code de procédure pénale.

Celui qui conteste la captation d'images doit établir, soit le droit dont il dispose sur l'endroit qui a fait l'objet de cette captation (Crim., 23 janvier 2013, pourvoi nº 12-85.059, *Bull. crim.* 2013, nº 29 ; Crim., 18 décembre 2013, pourvoi nº 13-85.375, *Bull. crim.* 2013, nº 264 ; Crim., 15 avril 2015, pourvoi nº 14-87.616, *Bull. crim.* 2015, nº 90), soit l'atteinte portée à sa vie privée par la captation de son image (Crim., 23 janvier 2013, pourvoi nº 12-85.059, préc. ; Crim., 18 décembre 2013, pourvoi nº 13-85.375, préc.). De même, s'agissant de la sonorisation d'un lieu, est irrecevable à contester cette mesure celui qui ne dispose d'aucun droit sur le lieu sonorisé et dont les conversations n'ont pas été captées (Crim., 15 février 2000, pourvoi nº 99-86.623, *Bull. crim.* 2000, nº 68 ; Crim., 26 juin 2013, pourvoi nº 13-81.491, *Bull. crim.* 2013, nº 164).

De l'ensemble de cette jurisprudence, il résulte, d'une part, qu'est irrecevable à contester la régularité d'une mesure d'investigation celui qui a simplement intérêt, au sens commun du terme, à l'annulation de celle-ci, et, d'autre part, que la recevabilité de la contestation nécessite la preuve, par celui qui l'invoque, que l'irrégularité a porté atteinte à l'un de ses intérêts juridiquement protégés, qu'il s'agisse d'un droit d'usage, d'un droit de propriété ou d'une atteinte à sa vie privée.

Chapitre 2. La création à partir des textes

La rupture avec les textes n'est pas toujours aussi franche. La norme élaborée par la Cour de cassation entretient le plus souvent un lien, ne serait-ce que formel, avec la loi. Le pouvoir normatif de la Cour de cassation n'est pas pour autant amoindri. Ainsi, les références à l'article 1384, alinéa 1, du code civil n'ont jamais fait illusion sur le rôle de la Cour de cassation dans la construction d'un régime général de responsabilité du fait des choses. De la même façon, il est évident que l'article 3 du code civil constitue une assise trop étroite pour accueillir toutes les règles de droit international privé énoncées par la jurisprudence sur son fondement.

La Cour de cassation imprime à des textes un sens et/ou un effet normatif dont ils n'étaient pas initialement pourvus pour répondre à un besoin né de leurs insuffisances (section 1) ou pour les adapter aux évolutions économiques, sociales ou techniques (section 2).

Section 1. Le dépassement des textes

Sous couleur d'interprétation des textes, la Cour de cassation conduit à dépasser leur lettre, sans nécessairement trahir leur esprit ou l'esprit du système dans lequel ils s'insèrent. Elle procède ainsi parfois par voie de généralisation d'une règle seulement contenue dans quelques textes épars et relativement isolés (§ I) ou par amplification de leur portée (§ II).

§ I. La généralisation d'un principe

La responsabilité civile consiste à répondre de ses fautes. Ce n'est qu'exceptionnellement qu'elle conduit à répondre de la faute (ou des faits dommageables) d'autrui. En principe, pour bénéficier d'un droit, encore faut-il être doté de la personnalité juridique. Exceptionnellement, cependant, celui qui n'est pas encore né peut hériter ou bénéficier d'une libéralité. Ces exceptions dérogent-elles simplement au principe ou sont-elles des illustrations particulières d'un principe, d'une règle contraire et concurrente ? La Cour de cassation opte parfois pour le second terme de l'alternative et c'est ainsi qu'elle a imprimé à l'article 1384, alinéa 1, une juridicité pour élever en règle générale la maxime *infans conceptus*.

C'est encore ainsi qu'elle a développé le principe d'égalité de traitement (A) et le principe de la liberté du commerce et de l'industrie (B).

A. Le principe d'égalité de traitement

Jusqu'au milieu des années 1990, il est considéré en droit positif du travail que l'employeur dispose d'un pouvoir d'individualisation des rémunérations se rattachant à son pouvoir de direction et l'autorisant à déterminer librement des rémunérations différentes pour tenir compte des compétences respectives de chacun de ses salariés.

Ce pouvoir d'individualisation n'est toutefois pas sans limites : il est d'abord limité par le respect des minima légaux et conventionnels ; il est ensuite limité par l'interdiction des discriminations dans les hypothèses alors assez peu nombreuses de discrimination prohibée ; il est enfin limité par la règle légale selon laquelle tout employeur est tenu d'assurer, pour un même travail ou un travail de valeur égale, l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes (article L. 140-2 du code du travail avant recodification). Cette dernière règle signifie qu'en présence d'une salariée prouvant qu'elle accomplit le même travail qu'un autre salarié ou un travail de valeur égale à celui de cet autre salarié, c'est à l'employeur de justifier ce qui fonde l'éventuelle différence de rémunération, et, s'il n'y parvient pas, la salariée est fondée à prétendre à une rémunération égale à celle du salarié.

C'est alors que la question est posée à la Cour de cassation, dans un litige, de savoir si la règle légale posée par l'article L. 140-2 du code du travail précité est étroitement limitée à son objet – l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes – ou si elle est l'application particulière d'une règle plus générale que l'on pourrait désigner comme la règle « à travail égal salaire égal » visant tous les salariés de l'un ou l'autre sexe. La Cour de cassation est en effet saisie d'un pourvoi contre un jugement d'un conseil de prud'hommes qui a accueilli la demande de rappel de salaire d'une salariée faisant

valoir l'identité de sa situation au regard du travail effectué avec celle d'une autre salariée percevant une rémunération supérieure.

À l'occasion de ce litige, la Cour de cassation va poser pour la première fois, dans le chapeau intérieur d'un arrêt de rejet, que la règle de l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes est une application de la règle plus générale « à travail égal salaire égal » énoncée par deux dispositions du code du travail – l'article L. 133-5 se rapportant aux conventions collectives de branche et l'article L. 136-2, 8°, à la Commission nationale de la négociation collective – pour en déduire que l'employeur est tenu d'assurer l'égalité de rémunération entre tous les salariés de l'un ou l'autre sexe, pour autant que les salariés en cause sont placés dans une situation identique (Soc., 29 octobre 1996, pourvoi n° 92-43.680, *Bull.* 1996, V, n° 359).

À partir de là, l'employeur ne dispose plus d'un pouvoir (discrétionnaire) d'individualisation des rémunérations mais doit justifier par la production d'éléments objectifs toute différence de rémunération en présence d'un salarié ayant établi une apparente identité de situation avec celle d'un autre salarié.

La règle posée sera d'ailleurs complétée par une règle de preuve ainsi libellée : « s'il appartient au salarié qui invoque une atteinte au principe "à travail égal salaire égal" de soumettre au juge les éléments de fait susceptibles de caractériser une inégalité de rémunération, il incombe à l'employeur de rapporter la preuve d'éléments objectifs justifiant cette différence » (Soc., 28 septembre 2004, pourvoi n° 03-41.826, *Bull.* 2004, V, n° 228).

Ultérieurement, la règle d'égalité de rémunération entre tous les salariés de l'un ou l'autre sexe placés dans une situation identique deviendra un principe (plus général) d'égalité de traitement procédant du même esprit mais qui n'est plus limité à la seule comparaison des rémunérations : « la seule différence de catégorie professionnelle ne saurait en elle-même justifier, pour l'attribution d'un avantage, une différence de traitement entre les salariés placés dans une situation identique au regard dudit avantage, cette différence devant reposer sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler concrètement la réalité et la pertinence » (Soc., 1er juillet 2009, pourvoi n° 07-42.675, *Bull.* 2009, V, n° 168).

B. Le principe de liberté du commerce et de l'industrie

Sœur de la liberté politique selon la formule du doyen Ripert (G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 1946, p. 292), la liberté du commerce et de l'industrie a été proclamée par la loi des 2 et 17 mars 1791 portant suspension de tous les droits d'aides, de toutes les maîtrises et jurandes et établissement des droits de patente (dite décret d'Allarde). Texte de circonstance plutôt que déclaration solennelle (G. Clamour, *Intérêt général et concurrence : essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, *Dalloz*, 2006, p. 55), il énonce qu'« il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon, mais elle sera tenue de se pourvoir auparavant d'une patente, d'en acquitter le prix d'après les taux ci-après déterminés, et de se conformer aux règlements de police qui sont ou pourront être faits ».

La liberté du commerce et de l'industrie se trouvera rapidement confirmée dans le décret du 14 juin 1791 relatif aux assemblées d'ouvriers et artisans de même état et profession (dit loi Le Chapelier), dont l'objet était d'abolir corporations et groupements.

Si elle ne fut pas inscrite dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, la liberté du commerce et de l'industrie figurera explicitement dans la Constitution du 22 août 1795 (article 355) et dans celle de 1848 (article 13), à l'inverse des textes constitutionnels suivants de la IIIe, IVe ou Ve République qui ne contiendront aucune disposition la consacrant explicitement (M. Guibal, « Commerce et industrie », *Répertoire de droit commercial*, Dalloz, février 2003, no 7 et s.; M. Kdhir, « Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie : mythe ou réalité ? », *D.* 1994, chron. p. 30; C. Champalaune, « Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie et de la libre concurrence », *Rapport annuel* 2001 de la Cour de cassation, p. 83).

Cependant, bien qu'étant historiquement et juridiquement liée à la loi dite décret d'Allarde, la loi Le Chapelier ayant été entre-temps abrogée par la loi du 21 mars 1884, la liberté du commerce et de l'industrie n'en jouit pas moins d'une force juridique accrue. En effet, au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, le recul du libéralisme économique et la progression de l'interventionnisme étatique ont pu faire douter de la vivacité de la liberté du commerce et de l'industrie transformée en principe dès 1935 par le Conseil d'État (CE, 20 décembre 1935, no 39234, publié au *Recueil Lebon*). Les juges n'auront pourtant de cesse de rappeler le maintien de ce principe.

Ainsi, c'est pour protéger le concurrent de comportements déloyaux provenant de personnes publiques que le Conseil d'État s'est saisi du principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Il a reconnu la liberté du commerce et de l'industrie comme principe général du droit (CE, 22 juin 1951, no 02551, publié au *Recueil Lebon*; CE, 26 juin 1959, no 92099, publié au *Recueil Lebon*; CE, 19 juin 1964, no 47007, publié au *Recueil Lebon*), puis liberté publique (CE., 28 octobre 1960, no 48293, publié au *Recueil Lebon*) et même liberté fondamentale (au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative; CE, 12 novembre 2001, no 239840, publié au *Recueil Lebon*; CE, 4 octobre 2004, no 264310, publié au *Recueil Lebon*), tandis que le Conseil constitutionnel lui a reconnu une valeur constitutionnelle (Cons. const., 16 janvier 1982, décision no 81-132 DC, Loi de nationalisation; L. Favoreu, Ph. Loïc, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Sirey, 1984, p. 356).

Quant à la Cour de cassation, la chambre criminelle a, la première, érigé la liberté du commerce et de l'industrie en principe de droit privé (Crim., 19 décembre 1956, pourvoi no 4014/50, *Bull. crim.* 1956, no 865, Crim., 25 février 1959, pourvoi no 90-458.58, *Bull. crim*, no 132).

Ainsi, là où le juge administratif avait créé de toutes pièces un principe général du droit, réalisant ainsi une extension considérable du contenu et du champ d'application de la liberté reconnue en 1791 (F. Dreyfus, *La liberté du commerce et de l'industrie*, Berger-Levrault, 1973, p. 226), le juge judiciaire a joué également un rôle de production juridique et de sacralisation, qui s'est exprimé par la suite principalement dans la jurisprudence de la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation.

Certes, dans les premières décisions, la Cour de cassation se bornait à rappeler l'existence de la loi dite décret d'Allarde (Civ., 20 avril 1950, *Bull.* 1950, II, no 127; Soc., 19 novembre 1996, pourvoi no 94-19.404, *Bull.* 1996, V, no 392), précisant parfois que cette loi, à l'origine fiscale, porte sur la liberté du commerce et de l'industrie : « Vu la loi du 2 et 17 mars 1791 sur la liberté du commerce et de l'industrie » (Com., 21 juin 1983, pourvoi no 81-16.829, *Bull.* 1983, no 182). Mais, dès 2002, le principe de la liberté du commerce et de l'industrie s'affranchit de la référence à la loi des 2 et 17 mars 1791

(Com., 4 juin 2002, pourvoi nº 00-14.688, *Bull.* 2002, IV, nº 98), sans que cela signifie un abandon définitif de toute référence à ce texte : « Vu la loi des 2-17 mars 1791, les principes de la liberté du commerce et de l'industrie et de la libre concurrence […] » (Com., 14 février 2018, pourvoi nº 15-25.346).

Il n'en demeure pas moins que le visa de la loi des 2 et 17 mars 1791 précitée laisse progressivement place à un visa plus explicite du principe de la liberté du commerce et de l'industrie, que celui-ci soit mentionné seul ou avec d'autres textes ou principes.

Ainsi, la Cour de cassation a censuré des cours d'appels en visant, à trois reprises depuis 2006 (Com., 4 juillet 2006, pourvoi nº 03-19.900 ; Com., 8 avril 2014, pourvoi nº 13-11.377 ; Com., 7 mars 2018, pourvoi nº 16-18.279), le seul principe de la liberté du commerce et de l'industrie, à l'exclusion de tout autre texte, et plus d'une dizaine de fois depuis le début des années 2000, en le visant avec d'autres textes, pour la plupart issus du code civil (anciens articles 1382 et 1134), mais aussi du code de commerce (article L. 134-14), du code de la santé publique et même du code de procédure civile.

Plus rarement, la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation se réfère directement au principe de la liberté du commerce et de l'industrie, non plus dans le visa, mais dans les motifs de censure (Com., 4 octobre 2016, pourvoi nº 14-22.245, *Bull.* 2016, IV, nº 128 ; Com., 10 septembre 2013, pourvoi nº 12-19.356, *Bull.* 2013, IV, nº 128), ou encore en insérant sous le visa de l'arrêt un chapeau qui rappelle qu'en vertu du principe de la liberté du commerce et de l'industrie le démarchage de la clientèle est libre, ce qui confère au principe, à défaut de figurer dans le visa, une visibilité et un relief particulier, et ce d'autant plus que la chambre commerciale recourt rarement au chapeau dans ses arrêts de cassation (Com., 19 mars 2013, pourvoi nº 12-16.936). On observera que ce chapeau est également décliné en chapeau intérieur dans quelques arrêts de rejet, particulièrement à partir de 2010 (Com., 20 septembre 2016, pourvoi nº 15-12.228 ; Com., 10 février 2015, pourvoi nº 13-24.399 ; Com., 12 juin 2012, pourvoi nº 11-19.373). Enfin, la Cour de cassation n'a pas hésité, dans un arrêt de rejet, à se référer au principe de la liberté du commerce et de l'industrie qui n'était pourtant pas invoqué dans le pourvoi pour énoncer que le monopole des opticiens-lunetiers devait être interprété strictement « compte tenu du principe de la liberté du commerce et de l'industrie » (Com., 25 février 2003, pourvoi nº 00-21.615, *Bull.* 2003, IV, nº 31).

§ II. L'amplification de la portée des textes

Le rôle normatif de la Cour de cassation s'exerce selon une intensité variable lorsqu'elle amplifie la portée des textes. Parfois, elle se contente de suivre la volonté du législateur : la règle évolue, mais cette évolution était en germe (A). D'autres fois, le texte est utilisé à une fin que le législateur n'avait pas spécialement envisagée au moment de son édiction (B).

A. Dans le respect de la volonté du législateur

Dans la période récente, ce mouvement d'amplification de la portée des textes, tout en obtenant un résultat souhaité par le législateur, s'est particulièrement illustré dans des domaines aussi divers que la responsabilité du mesureur en cas d'erreur de mesurage préalable à la vente d'un bien (1), l'obligation de mise en garde de l'emprunteur et

de la caution (2), l'extension de l'indemnisation au préjudice d'anxiété dans le contentieux initié par les victimes de l'amiante (3) ou encore l'introduction de la communication par voie électronique en procédure civile (4).

1. La responsabilité du mesureur en cas d'erreur de mesurage préalable à la vente d'un bien

En matière de vente immobilière, la jurisprudence est venue compléter les textes applicables pour répondre aux difficultés relatives au principe de responsabilité des professionnels (mesureur, diagnostiqueur) et à l'étendue du préjudice réparable.

En cas de vente d'un lot de copropriété, l'article 46 de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis prévoit que toute promesse unilatérale de vente ou d'achat, tout contrat réalisant ou constatant la vente d'un lot ou d'une fraction de lot doit mentionner, à peine de nullité, la superficie de la partie privative. La technicité des opérations de mesurage conduit généralement les vendeurs à recourir à un mesureur professionnel.

La loi prévoit que, si la superficie est inférieure de plus d'un vingtième à celle exprimée dans l'acte, le vendeur, à la demande de l'acquéreur, supporte une diminution du prix proportionnelle à la moindre mesure. Ces dispositions d'ordre public résultent de la loi n° 96-1107 du 18 décembre 1996 améliorant la protection des acquéreurs de lots de copropriété (dite loi Carrez).

En application de ce texte, il est jugé que la restitution à laquelle le vendeur est condamné à la suite de la diminution du prix prévue par l'article 46, alinéa 7, de la loi du 10 juillet 1965 précitée, résultant de la délivrance d'une moindre mesure par rapport à la superficie convenue, ne constitue pas un préjudice indemnisable et ne peut, dès lors, donner lieu à garantie de la part du professionnel de mesurage (3e Civ., 25 octobre 2006, pourvoi n° 05-17.427, *Bull.* 2006, III, n° 205). Le vendeur ne fait en effet que restituer un prix auquel il n'avait pas droit dès lors qu'il ne correspondait pas à la surface exacte du lot vendu.

Pour autant, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a reconnu que la responsabilité du mesureur pouvait être recherchée sur le fondement du droit commun (3e Civ., 10 janvier 2013, pourvoi n° 12-40.084, *Bull.* 2013, III, n° 1). Dans un arrêt de principe, publié au *Rapport annuel*, elle a jugé que, si la restitution, à laquelle le vendeur est tenu en vertu de la loi à la suite de la diminution du prix résultant d'une moindre mesure par rapport à la superficie convenue, ne constitue pas, par elle-même, un préjudice indemnisable permettant une action en garantie, le vendeur peut se prévaloir, à l'encontre du mesureur ayant réalisé un mesurage erroné, d'une perte de chance de vendre son bien au même prix pour une surface moindre (3e Civ., 28 janvier 2015, pourvoi n° 13-27.397, *Bull.* 2015, III, n° 9, *Rapport* 2015, p. 196). Cette jurisprudence consacre ainsi un principe de responsabilité du mesureur, lorsque celui-ci a commis une faute, qui complète utilement les dispositions de la loi Carrez.

La jurisprudence a également interprété certaines dispositions du régime de droit commun de la vente.

Dans un arrêt rendu par la chambre mixte de la Cour de cassation concernant la responsabilité du diagnostiqueur ayant établi, à l'occasion d'une vente, un diagnostic

erroné sur l'état véritable d'infestation parasitaire d'un l'immeuble, il a été jugé que les préjudices matériels et de jouissance subis par les acquéreurs du fait du diagnostic erroné avaient un caractère certain et que l'assureur du diagnostiqueur devait sa garantie (Ch. mixte., 8 juillet 2015, pourvoi nº 13-26.686, *Bull.* 2015, Ch. mixte, nº 3, *Rapport* 2015, p. 135). Ainsi, le préjudice causé aux acquéreurs de l'immeuble ne constitue pas une simple perte de chance, mais un préjudice certain et le diagnostiqueur qui a commis une faute peut être condamné à réparer l'intégralité de celui-ci.

La chambre mixte, interprétant l'article L. 271-4 du code de la construction et de l'habitation, a retenu qu'il résultait de ce texte que le dossier de diagnostic technique annexé à la promesse de vente ou à l'acte authentique de vente d'un immeuble garantissait l'acquéreur contre le risque de la présence de termites. Elle est allée au-delà du sens littéral de l'article L. 271-4 précité qui dispose qu'en cas de vente de tout ou partie d'un immeuble bâti, un dossier de diagnostic technique, fourni par le vendeur, est annexé à la promesse de vente ou, à défaut de promesse, à l'acte authentique de vente. Elle a consacré un véritable régime de garantie pour l'acquéreur que le diagnostiqueur doit indemniser s'il a délivré une information inexacte même s'il n'est pas à l'origine du dommage.

La solution a été confirmée en cas de diagnostic erroné concernant la présence d'amiante dans un immeuble (3e Civ., 19 mai 2016, pourvoi nº 15-12.408, *Bull.* 2016, III, nº 66).

Ces décisions, à l'occasion desquelles la Cour de cassation a complété ou interprété des textes, s'inscrivent dans le prolongement de la volonté du législateur de protection des acquéreurs d'un immeuble et de responsabilité des professionnels (mesureur et diagnostiqueur) qui concourent à la vente.

2. L'obligation de mise en garde

La Cour de cassation a été conduite à édicter des règles de droit allant, pour atteindre les objectifs du législateur, au-delà de la lettre des textes.

Ainsi, les articles L. 311-1 et suivants et L. 321-1 et suivants du code de la consommation traduisent la volonté du législateur de protéger les emprunteurs et cautions. Mais il est vite apparu que le simple respect de ces dispositions ne permettait pas d'assurer la protection effective de ces acteurs économiques. La Cour de cassation a alors fixé des règles allant certes au-delà du sens littéral des textes, mais seules à même de permettre d'en atteindre les objectifs.

Les opérations d'emprunt et de caution, indispensables à l'activité économique, sont en effet susceptibles de placer les agents économiques qui y ont recours dans des situations risquées. L'agent économique le plus fort, le plus souvent un banquier, doit ainsi avertir son cocontractant lorsque ce dernier a recours à des opérations lui faisant courir un risque économique marqué. C'est l'obligation, ou devoir, de mise en garde.

À mesure que l'insuffisance des textes se dévoilait, la Cour de cassation a fait évoluer sa jurisprudence pour en combler les lacunes. La mise en œuvre des textes protégeant les emprunteurs et les cautions relève des compétences de la première chambre civile, chargée notamment du droit de la consommation, et de la chambre commerciale, financière et économique, chargée notamment du droit des affaires. C'est de concert qu'elles

ont été conduites à définir les contours de cette obligation de mise en garde (a), dans le seul et strict but d'atteindre les objectifs du législateur (b).

a. Le processus d'élaboration de l'obligation au sein de la Cour de cassation

Au cours des années 1990, la première chambre civile a retenu la responsabilité du banquier en la matière lorsqu'il se comportait avec une légèreté blâmable (1re Civ., 8 juin 1994, pourvoi n° 92-16.142, *Bull.* 1994, I, n° 206) avant de retenir un devoir de mise en garde imposant de vérifier les capacités financières d'emprunteurs profanes à la date à laquelle il leur accordait un prêt excessif au regard de leurs facultés contributives (1re Civ., 12 juillet 2005, pourvoi n° 03-10.921, *Bull.* 2005, I, n° 327).

La chambre commerciale, à la même époque, était plus soucieuse d'assurer le respect du devoir de non-immixtion du banquier dans les affaires de son client. Seul le cas de détention d'informations sur la fragilité de la situation financière des emprunteurs qu'eux-mêmes auraient ignorées permettait l'engagement de la responsabilité du banquier (Com., 11 mai 1999, pourvoi n° 96-16.088, *Bull.* 1999, IV, n° 95). La chambre commerciale restait donc plus strictement sur la lettre des textes. L'efficacité supposée de ces derniers impliquait que, dès lors que le banquier en respectait les dispositions, l'emprunteur s'engageait de manière libre et éclairée.

Cette divergence entre chambres de la Cour de cassation s'expliquait par leurs sensibilités respectives résultant des types de contentieux que chacune a en charge.

Par quatre arrêts du 12 juillet 2005 (1re Civ., 12 juillet 2005, pourvoi n° 02-13.155, *Bull.* 2005, I, n° 324; 1re Civ., 12 juillet 2005, pourvoi n° 03-10.770, *Bull.* 2005, I, n° 325; 1re Civ., 12 juillet 2005, pourvoi n° 03-10.115, *Bull.* 2005, I, n° 326; 1re Civ., 12 juillet 2005, pourvoi n° 03-10.921, *Bull.* 2005, I, n° 327), complétés par deux arrêts, l'un du 2 novembre 2005 (1re Civ., 2 novembre 2005, pourvoi n° 03-17.443, *Bull.* 2005, I, n° 397) et l'autre du 21 février 2006 (1re Civ., 21 février 2006, pourvoi n° 02-19.066, *Bull.* 2006, I, n° 91), la première chambre civile a affiné sa doctrine sur ce sujet et précisé les contours de la distinction entre la situation de l'emprunteur averti et celle de l'emprunteur profane, chacune ayant son propre régime de responsabilité.

Par trois arrêts du 3 mai 2006 (Com., 3 mai 2006, pourvoi n° 04-15.517, *Bull.* 2006, IV, n° 101; Com., 3 mai 2006, pourvoi n° 02-11.211, *Bull.* 2006, IV, n° 102; Com., 3 mai 2006, pourvoi n° 04-19.315, *Bull.* 2006, IV, n° 103), la chambre commerciale a admis l'existence d'un devoir de mise en garde de la banque au bénéfice des emprunteurs profanes dont la situation personnelle justifie une protection particulière. En décembre 2006, la chambre commerciale se référera aussi à la notion de client « averti » (Com., 12 décembre 2006, pourvoi n° 03-20.176, *Bull.* 2006, IV, n° 243).

Ces échanges, par arrêts interposés, entre les deux chambres permettaient la réunion d'une chambre mixte pour unifier la jurisprudence et fixer l'étendue de ce devoir de mise en garde d'origine jurisprudentielle. Ainsi, la Cour de cassation a décidé qu'à l'égard d'un emprunteur non averti, le banquier est tenu à un devoir de mise en garde à raison de ses capacités financières et des risques de l'endettement né de l'octroi des prêts (Ch. mixte, 29 juin 2007, pourvoi n° 05-21.104, *Bull.* 2007, Ch. mixte, n° 7 ; Ch. mixte, 29 juin 2007, pourvoi n° 06-11.673, *Bull.* 2007, Ch. mixte, n° 8, *Rapport* 2007, p. 409). C'est ainsi, à l'issue d'un travail d'élaboration de la norme mené conjointement par

ces deux chambres, que les contours du devoir de mise en garde ont été dégagés par la Cour de cassation.

b. La limitation de la portée de l'obligation à ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs de protection voulus par le législateur

L'obligation de mise en garde ainsi édictée par la jurisprudence concilie défense des emprunteurs et cautions et liberté des acteurs économiques. Elle n'est édictée que dans la mesure où elle est nécessaire à la réalisation des objectifs de protection voulus par le législateur à travers les textes dont la Cour de cassation a étendu la portée en se référant aux dispositions de l'article 1147 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

Ce devoir n'a pas de raison d'être lorsque les objectifs poursuivis par la construction jurisprudentielle sont atteints. C'est donc logiquement qu'il n'y a pas d'obligation de mise en garde lorsque le prêt ou le cautionnement est adapté aux capacités financières et qu'il n'existe pas de risque né de l'octroi du prêt (Com., 30 novembre 2010, pourvoi n° 10-30.274; 1re Civ., 19 novembre 2009, pourvoi n° 08-13.601, *Bull.* 2009, I, n° 232; Com., 7 juillet 2009, pourvoi n° 08-13.536, *Bull.* 2009, IV, n° 92), et ce, même s'agissant d'un emprunteur non averti (Com., 15 novembre 2016, pourvoi n° 15-12.535) ou encore d'une caution non avertie (Com., 18 janvier 2017, pourvoi n° 14-20.375).

Ce devoir ne constitue pas un devoir de conseil, ce qui aurait imposé au banquier d'indiquer à son client quels choix il convenait de faire. Le banquier ne doit pas s'immiscer dans la gestion des affaires de son client (Com., 18 mai 2016, pourvoi n° 14-15.988), ce qui limite l'obligation de mise en garde à un simple avertissement sur les circonstances de l'opération et les risques inhérents (Com., 27 novembre 2012, pourvoi n° 11-19.311; Com., 31 janvier 2017, pourvoi n° 14-20.548), sans imposer au banquier de refuser telle opération d'emprunt sauf textes particuliers ou hypothèse de soutien abusif (Com., 22 mars 2005, pourvoi n° 03-12.922, *Bull.* 2005, IV, n° 67).

Les cautions, dont la connaissance du détail de l'opération n'est qu'indirecte et donc *a priori* moins complète, bénéficient d'une protection plus étendue. En effet, indépendamment d'une mise en garde portant sur l'inadaptation de leur engagement à leurs propres capacités financières, elles bénéficient d'une mise en garde quant au risque de l'endettement né de l'octroi du prêt garanti, lequel résulte de l'inadaptation du prêt aux capacités financières de l'emprunteur (Com., 15 novembre 2017, pourvoi n° 16-16.790, publié au *Bulletin*), c'est-à-dire d'une mise en garde sur le risque d'être appelées relativement rapidement à exécuter leur engagement de caution. En outre, la Cour de cassation a reconnu à la caution, dont l'engagement est non seulement inadapté mais manifestement disproportionné à ses biens et revenus, la possibilité d'engager, de ce seul fait, la responsabilité du créancier professionnel (Com., 17 juin 1997, pourvoi n° 95-14.105, *Bull.* 1997, IV, n° 188, et, pour une caution avertie, Com., 8 octobre 2002, pourvoi n° 99-18.619, *Bull.* 2002, IV, n° 136), avant que le législateur n'y ajoute une sanction encore plus dissuasive consistant à la décharger d'un tel engagement, sous réserve de son retour à meilleure fortune au moment où elle est appelée (article L. 341-4, devenu L. 332-1 et L. 343-4, du code de la consommation).

La distinction entre la situation de l'acteur économique averti et celle de l'acteur économique non averti procède du même souci de n'étendre la portée du devoir de mise en garde qu'à ce qui est nécessaire à l'achèvement des objectifs du législateur. Comme le précise M. le premier président Lamanda, « généralement, le profane, le non-averti, se reconnaît dans son inaptitude à évaluer lui-même les risques de l'opération financée par l'emprunt prétendu excessif. Cette qualité s'apprécie non seulement au regard de son niveau de qualification et de son expérience des affaires, mais aussi de la complexité de l'opération envisagée et de son implication personnelle dans l'affaire » (« La responsabilité du banquier dans la délivrance du crédit », *in Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot*, Dalloz-Litec, 2011, p. 34). L'obligation de mise en garde n'étant pas nécessaire à assurer la protection de l'opérateur ainsi averti, elle ne lui est pas applicable.

Il n'en va autrement que lorsque la banque a, sur les revenus, le patrimoine et les facultés de remboursement raisonnablement prévisibles, en l'état du succès escompté de l'opération cautionnée, des informations que l'emprunteur, même averti (Com., 11 octobre 2011, pourvoi nº 10-19.091 ; Com., 8 mars 2011, pourvoi nº 09-12.830 ; Com., 22 janvier 2013, pourvoi nº 10-14.354) ou la caution, même avertie (Com., 13 février 2007, pourvoi nº 04-19.727, *Bull.* 2007, IV, nº 31 ; Com., 13 novembre 2012, pourvoi nº 11-22.498), ignore, avec la précision récemment apportée que, s'agissant de la caution, les informations ainsi ignorées concernent la situation du débiteur (Com., 20 avril 2017, pourvoi nº 15-16.184). Cette information dissymétrique du banquier place en effet son client en situation de faiblesse et rend nécessaire la mise en place d'une protection particulière.

3. La jurisprudence sur le préjudice d'anxiété des salariés exposés à l'amiante

L'article 41 de la loi nº 98-1194 du 23 décembre 1998 de financement de la sécurité sociale pour 1999 a institué en faveur des travailleurs qui ont été particulièrement exposés à l'amiante sans être atteints d'une maladie professionnelle consécutive à cette exposition, une allocation de cessation anticipée d'activité. Selon ce texte, le bénéfice de cette allocation est notamment subordonné à la condition de travailler ou d'avoir travaillé dans un établissement figurant sur une liste établie par arrêté ministériel, où étaient fabriqués ou traités de l'amiante ou des matériaux contenant de l'amiante.

Ce dispositif spécifique ne prive cependant pas le bénéficiaire de l'allocation de son droit à être indemnisé au titre de la législation sur les maladies professionnelles si une pathologie se révèle, ni d'invoquer devant la juridiction de sécurité sociale les conséquences d'une faute inexcusable à l'origine de cette pathologie.

Au-delà de l'indemnisation des maladies professionnelles, la formation plénière de la chambre sociale s'est fondée sur l'article 41 de la loi du 23 décembre 1998 précité pour consacrer, par un arrêt du 11 mai 2010, la possibilité pour ces salariés de demander devant la juridiction prud'homale la réparation, non pas des conséquences d'une maladie déclarée, mais d'un préjudice spécifique né de l'inquiétude permanente de déclarer une maladie liée à l'amiante, dont ils peuvent demander réparation devant la juridiction prud'homale (Soc., 11 mai 2010, pourvoi nº 09-42.241, *Bull.* 2010, V, nº 106, *Rapport* 2010, p. 318).

Si cette création prétorienne ne ressort pas explicitement de la lettre de l'article 41 de la loi du 23 décembre 1998 précité, la chambre sociale a cependant pris appui sur les

conditions fixées par ce texte pour en préciser les contours. En effet, l'inscription des établissements mentionnés à cet article sur la liste établie par arrêté ministériel résulte d'une décision administrative prise après enquête et ne s'applique qu'aux établissements dans lesquels étaient fabriqués ou traités des matériaux contenant de l'amiante et où les salariés étaient exposés de façon significative. Au regard de cette condition tenant à un niveau d'exposition élevé à l'amiante, la chambre sociale a institué, au bénéfice des salariés répondant aux prévisions de ce texte, un régime spécifique d'indemnisation fondé sur une double présomption.

C'est ainsi que la chambre a d'abord décidé que le salarié n'était pas tenu de rapporter la preuve de son anxiété, le fait d'avoir travaillé au sein d'un établissement figurant sur une liste établie par arrêté ministériel pendant une période où y étaient fabriquée ou traitée l'amiante étant une preuve suffisante (Soc., 2 avril 2014, pourvoi n° 12-28.637, *Bull.* 2014, V, n° 95).

Elle a ensuite jugé que le salarié n'avait pas non plus à prouver, ni les juges à caractériser, une quelconque faute spécifique de l'employeur, tel qu'un manquement à son obligation de sécurité de résultat tirée notamment de l'inobservation de la réglementation en matière d'amiante ou de l'absence de mesure de précautions (Soc., 3 mars 2015, pourvoi n° 13-20.476, *Bull.* 2015, V, n° 42). Il en résulte que la chambre sociale déduit de l'inscription de l'établissement prévue à l'article 41 de la loi du 23 décembre 1998 précité que l'employeur ne justifie pas avoir pris les mesures nécessaires pour protéger les salariés de l'exposition à l'amiante.

Cette présomption de responsabilité, fondée sur la seule appartenance à un établissement classé, est donc dérogatoire au droit commun de la responsabilité civile. Elle n'obéit pas davantage au régime juridique de l'obligation de sécurité de résultat selon lequel l'employeur peut s'exonérer de sa responsabilité au motif qu'il a mis en œuvre toutes les mesures prévues par les articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du code du travail (Soc., 25 novembre 2015, pourvoi n° 14-24.444, *Bull.* 2015, V, n° 234, *Rapport* 2015, p. 165).

En raison de ce caractère dérogatoire, la chambre sociale a strictement délimité le préjudice d'anxiété en l'adossant au dispositif légal de la loi du 23 décembre 1998 précitée. En conséquence, selon la chambre sociale, la réparation du préjudice d'anxiété n'est admise, pour les salariés exposés à l'amiante, qu'au profit de ceux remplissant les conditions prévues par l'article 41 de la loi du 23 décembre 1998 précité et l'arrêté ministériel (Soc., 3 mars 2015, pourvoi n° 13-26.175, *Bull.* 2015, V, n° 41, *Rapport* 2015, p. 166). Une telle formulation tend donc à réserver l'indemnisation du préjudice d'anxiété aux seuls salariés exposés à l'amiante, le législateur n'ayant institué ce dispositif légal qu'en leur faveur.

Encore faut-il préciser que l'exposition à l'amiante constitue une condition nécessaire mais non suffisante de ce régime dérogatoire, la chambre sociale ayant explicitement exclu les situations qui ne correspondent pas exactement aux prévisions de ce texte. Ne peuvent ainsi prétendre à la réparation d'un préjudice d'anxiété les salariés qui, même s'ils sont éligibles à l'allocation de cessation anticipée d'activité, n'ont pas travaillé dans les conditions prévues par l'arrêté ministériel fixant notamment la liste des métiers ouvrant droit au bénéfice des dispositions de l'article 41 de la loi du 23 décembre 1998 précité (Soc., 25 mars 2015, pourvoi n° 13-21.716, *Bull.* 2015, V, n° 63). Suivant la même logique, la chambre sociale décide également que les salariés affectés, dans le cadre d'une sous-traitance, à un établissement classé ne peuvent diriger

leur action en réparation contre leur employeur dès lors que celui-ci n'entre pas dans les prévisions de l'article 41 de la loi du 23 décembre 1998 précité (Soc., 22 juin 2016, pourvoi nº 14-28.175, *Bull.* 2016, V, nº 131 ; Soc., 11 janvier 2017, pourvoi nº 15-17.164, *Bull.* 2017, nº 9).

Par ailleurs, la chambre sociale s'est également appuyée sur ce même texte pour juger que le préjudice moral résultant pour un salarié du risque de développer une maladie induite par son exposition à l'amiante est constitué par le seul préjudice d'anxiété dont l'indemnisation répare l'ensemble des troubles psychologiques résultant de la connaissance d'un tel risque (Soc., 27 janvier 2016, nº 15-10.640, *Bull.* 2016, V, nº 17). En effet, dès lors que l'allocation de cessation anticipée de l'activité répare le préjudice patrimonial subi par les salariés exposés à l'amiante, le préjudice d'anxiété n'a vocation à réparer qu'un préjudice moral de nature extrapatrimoniale. Cette double indemnisation couvre donc la totalité des préjudices subis par ces salariés, lesquels ne peuvent obtenir d'autre réparation résultant de l'exposition à l'amiante, y compris au titre de l'obligation de sécurité de résultat (Soc., 26 avril 2017, pourvoi nº 15-19.037, *Bull.* 2017, V, nº 71).

Puisant sa justification et son régime dans un dispositif législatif adapté aux conséquences d'une utilisation massive et prolongée de l'amiante dans certains secteurs d'activité, le préjudice d'anxiété des salariés constitue une création purement prétorienne destinée à apporter une réponse spécifique à la situation des salariés particulièrement exposés à cette substance. C'est en raison de cette spécificité que la chambre sociale en a cantonné l'application aux seuls travailleurs relevant des dispositions de l'article 41 de la loi du 23 décembre 1998 précité. Enfin, indemnisant le préjudice né de l'inquiétude de développer une maladie liée à l'amiante, cette construction doit être distinguée des règles propres à la réparation des maladies professionnelles, dont notamment l'indemnisation complémentaire prévue en cas de faute inexcusable de l'employeur.

4. La jurisprudence relative à l'introduction de la communication électronique

La communication par voie électronique en procédure civile s'est tout particulièrement prêtée à un rôle déterminant de la jurisprudence de la Cour de cassation, en raison de son déploiement désordonné. La communication électronique a été développée par le pouvoir réglementaire d'une façon parcellaire et contrastée, qui peut être source d'erreurs pour les praticiens. La jurisprudence a permis de le vérifier à un double égard.

a. Le cas où le recours à la communication électronique est facultatif pour les parties

Si l'article 748-1 du code de procédure civile permet, en substance, l'accomplissement par voie électronique de tout acte de procédure, par toute partie, à compter de son entrée en vigueur le 1er janvier 2009, l'article 748-6 du code de procédure civile exige, corrélativement, que ces échanges électroniques respectent des conditions de sécurité technique fixées par un arrêté du garde des sceaux. Ainsi le principe de la libre communication par voie électronique pouvait-il, dès l'origine, rester lettre morte en l'absence d'arrêté technique. Tel n'a pas été le cas.

Toutefois, le pouvoir réglementaire n'a pas pris un arrêté technique unique, régissant de façon générale toute la procédure civile entrant dans le champ de l'article 748-1.

Il a pris des arrêtés régissant les communications électroniques accomplies par certains auxiliaires de justice, devant certaines juridictions, à l'occasion de certaines procédures, voire pour certains actes de ces procédures seulement.

La Cour de cassation s'est inscrite dans le strict respect de ce choix. Elle n'avait pas en effet à se substituer au pouvoir réglementaire sur une question relevant de l'opportunité. À cet égard, la deuxième chambre civile a eu l'occasion d'affirmer que la restriction de l'usage de la communication électronique qui découle de ces arrêtés techniques était conforme aux exigences du procès équitable dès lors que, répondant à l'objectif de sécurisation de l'usage de la communication électronique, elle était dénuée d'ambiguïté pour un professionnel avisé comme un auxiliaire de justice lorsqu'il recourt à la communication électronique et ne le privait pas de la possibilité d'adresser au greffe les mémoires sur support papier, dans les conditions prévues par les dispositions du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique (2e Civ., 10 novembre 2016, pourvoi no 15-25.431, *Bull.* 2016, II, no 247).

La jurisprudence qui en résulte, en appliquant strictement les textes, démontre toutefois le caractère complexe et insatisfaisant de l'état du droit. Ainsi, dans la procédure sans représentation obligatoire devant la cour d'appel, les avocats des parties peuvent, en application de l'article 1er de l'arrêté du garde des sceaux du 5 mai 2010, remettre leur déclaration d'appel et leur constitution d'avocat, ainsi que les pièces qui leur sont associées, par la voie électronique (2e Civ., 10 novembre 2016, pourvoi no 14-25.631, *Bull.* 2016, II, no 246), mais ils ne peuvent, en l'état des dispositions liminaires, claires et intelligibles de cet article, remettre par cette même voie les écritures qu'ils pourraient ultérieurement prendre dans cette même procédure (2e Civ., 10 novembre 2016, pourvoi no 15-25.431, préc.). La situation est d'autant moins satisfaisante que les réseaux électroniques mis en place par le Conseil national des barreaux et le ministère de la justice permettent techniquement aux avocats de transmettre de telles écritures par la voie électronique, envois qui pourtant ne peuvent pas, juridiquement, saisir la cour d'appel (arrêt préc.).

En l'état de cette fragmentation, déterminer si un acte peut ou non être accompli par la voie électronique nécessite un examen minutieux des textes.

Ainsi en va-t-il par exemple de la communication par voie électronique devant les tribunaux de grande instance, rendue possible sans restriction pour les avocats en vertu d'un arrêté du 7 avril 2009 : faut-il entendre le tribunal de grande instance au sens structurel, incluant alors toutes les juridictions spécialisées exerçant au sein de ce tribunal, ou de façon plus procédurale, comme limité aux seules formations du tribunal lui-même ?

En l'absence de restriction expresse figurant dans l'arrêté, la deuxième chambre civile a opté pour la première réponse, à l'occasion d'une procédure se déroulant devant le juge de l'exécution, donnant ainsi une pleine portée à cet arrêté (2e Civ., 1er mars 2018, pourvoi no 16-25.462, publié au *Bulletin*). Dans ce même esprit, puisque l'arrêté susmentionné ne limite pas son champ aux seules instances pendantes devant le tribunal de grande instance, cette même chambre a retenu qu'il régissait, outre les actes de ces instances, les actes qui leur sont consécutifs, en l'occurrence, la notification entre avocats du jugement rendu par ce tribunal (2e Civ., 7 septembre 2017, pourvoi no 16-21.756 et 16-21.762, publié au *Bulletin*). Ainsi la Cour de cassation donne-t-elle à la communication électronique facultative un champ d'application aussi large que les arrêtés techniques le permettent.

La deuxième chambre civile de la Cour de cassation a en outre utilisé le régime de la sanction des actes de procédure pour introduire une certaine souplesse à l'égard d'échanges électroniques pratiqués en dehors du champ des arrêtés techniques. Elle retient en effet que, lorsqu'un échange électronique entre avocats a lieu en dehors du domaine autorisé par les arrêtés techniques, l'irrégularité qui en découle constitue une cause de nullité pour vice de forme ne pouvant par conséquent entraîner la nullité de la transmission que sur justification d'un grief (2e Civ., 16 octobre 2014, pourvoi nº 13-17.999, *Bull.* 2014, II, nº 213), dont on peut penser qu'il sera rare si l'avocat destinataire, inscrit sur le réseau privé virtuel des avocats, a bien reçu l'acte transmis.

Cette jurisprudence libérale s'inscrit pleinement dans la conception que le code de procédure civile a de la sanction des vices de forme. Mais ce n'est évidemment là qu'un pis-aller dont il faut en outre bien circonscrire le champ : cette jurisprudence ne concerne que les envois entre parties, à l'exclusion de l'envoi destiné à la juridiction, qui, selon une jurisprudence constante, ne saisit pas cette juridiction lorsqu'il n'emprunte pas la forme prévue par les textes. Il va en effet sans dire qu'on ne saurait raisonner en termes de grief à l'égard d'une juridiction, qui n'est saisie que des actes qui lui sont régulièrement adressés (2e Civ., 9 juillet 2009, pourvoi nº 08-40.541, *Bull.* 2009, II, nº 187 ; 2e Civ., 5 avril 2001, pourvoi nº 97-04.139, *Bull* 2001, II, nº 71 ; 3e Civ., 10 mai 1989, pourvoi nº 87-16.761, *Bull.* 1989, III, nº 107 ; Soc., 9 mars 1989, pourvoi nº 87-16.095, *Bull.* 1989, V, nº 205 ; Com., 24 juin 1980, pourvoi nº 78-10.556, *Bull.* 1980, IV, nº 271 ; 2e Civ., 20 janvier 2011, pourvoi nº 10-10.768, *Bull.* 2011, II, nº 19 ; 3e Civ., 19 novembre 1986, pourvoi nº 85-11.539, *Bull.* 1986, III, nº 161 ; voir également 2e Civ., 19 octobre 2017, pourvoi nº 16-11.266, publié au *Bulletin*).

Finalement, lorsque la communication électronique est simplement facultative, il incombe aux parties de s'assurer que celle-ci a bien été autorisée par un arrêté technique. À ce jour, cette obligation de vérification a été jugée compatible avec les exigences du procès équitable, en particulier parce que la communication électronique n'a été autorisée qu'à l'égard de parties représentées ou assistées par un avocat, professionnel avisé, qui seul peut recourir à ce procédé en l'état des différents arrêtés techniques dont la Cour de cassation a été conduite à faire application (2e Civ., 10 novembre 2016, pourvoi nº 15-25.431, préc.).

b. Les cas où le recours à la communication électronique est obligatoire pour les parties

La logique qui vient d'être exposée ne peut toutefois pas être appliquée à l'ensemble de la communication électronique en procédure civile, qui est soumise à un régime dual, rendant plus complexe encore la détermination de son champ d'application. En effet, si l'article 748-1 du code de procédure civile prévoit en principe un usage facultatif de la communication électronique, l'article 930-1 du même code écarte, par exception, cette règle au profit d'une obligation, dans le cas des actes destinés à la cour d'appel dans la procédure avec représentation obligatoire par avocat. Dans cette procédure, la règle est donc inversée, de sorte qu'il importe peu qu'aucun arrêté technique n'ait prévu l'accomplissement de tel ou tel acte par la voie électronique.

C'est dire que, dans la procédure avec représentation obligatoire (devant la cour d'appel et, à terme, devant le tribunal de grande instance), l'arrêté technique n'a pas vocation à déterminer le champ d'application de l'article 930-1 mais uniquement à définir

les modalités techniques des échanges entrant dans ce champ d'application ; cet arrêté, pris en application d'un décret en Conseil d'État, ne saurait par conséquent moduler ce champ. Aussi, dès lors que la communication électronique peut être accomplie dans les conditions techniques fixées par l'arrêté, elle s'impose aux parties.

Ainsi en a-t-il été jugé pour la transmission de la requête en déféré de l'ordonnance d'un conseiller de la mise en état (2e Civ., 1er juin 2017, pourvoi no 16-18.361, publié au *Bulletin* ; 2e Civ., 26 janvier 2017, pourvoi no 15-28.325), de même que pour la transmission d'une déclaration de saisine sur renvoi de cassation (2e Civ., 1er décembre 2016, pourvoi no 15-25.972, *Bull.* 2016, II, no 260), autant d'actes qui ne sont pourtant pas énumérés par l'article 2 de l'arrêté du 30 mars 2011 relatif à la communication par voie électronique dans la procédure avec représentation obligatoire devant la cour d'appel, qui liste les actes pouvant être accomplis selon les modalités techniques fixées par l'arrêté.

À ce stade du raisonnement, une explication complémentaire doit être apportée : il se trouve en effet que, même non inclus dans le champ de cet arrêté technique, certains actes peuvent être techniquement transmis dans les conditions fixées par cet arrêté, les outils de communication électronique mis en place par le Conseil national des barreaux et le ministère de la justice l'ayant rendu techniquement possible. Puisque la communication électronique est imposée par l'article 930-1 du code de procédure civile, issu d'un décret en Conseil d'État, et que l'arrêté technique destiné à mettre en œuvre cette obligation en permet l'accomplissement, la jurisprudence, qui relève que cette obligation ne porte pas atteinte au droit à un procès équitable (2e Civ., 1er décembre 2016, pourvoi no 15-25.972, préc.), donne ainsi sa pleine portée à cette exigence, sous réserve qu'il ne soit pas justifié d'une cause étrangère empêchant la transmission électronique (article 748-7 du code de procédure civile ; 2e Civ., 1er juin 2017, pourvoi no 16-18.361, préc.).

B. Au-delà de la volonté du législateur

L'amplification de la portée des textes initiée ou appuyée par la Cour de cassation se détache parfois de la volonté du législateur, quoiqu'elle ne soit pas toujours aisée à identifier. Au-delà des textes, la Cour a clairement rompu avec le dogme du *numerus clausus* des droits réels (1), elle a cherché à sauver des testaments manifestement irréguliers en la forme (2), elle s'est évertuée à préciser l'office du juge confronté à un droit étranger (3) et a développé un mécanisme de purge des irrégularités dans le contentieux de la rétention des étrangers (4).

1. L'extension des droits réels

L'extension des droits réels s'est progressivement réalisée, du général au particulier, par la consécration d'un droit réel de jouissance spécial (a), d'un droit de crû et à croître (b) et d'un droit de jouissance privatif sur une partie commune (c).

a. La consécration du droit réel de jouissance spécial

La troisième chambre civile de la Cour de cassation a eu l'occasion, par petites touches très récentes, d'esquisser une évolution au sein du vieux domaine, apparemment immuable depuis le code napoléonien, des droits réels. Cet ensemble jurisprudentiel a été particulièrement remarqué par la doctrine qui y a consacré à ce jour pas

moins de dix-huit commentaires d'orientations très variées. Pour plusieurs des commentateurs, cette évolution traduirait, voire trahirait, une véritable révolution par rapport à la lettre même du texte du code, qui semblait fournir une liste intangible des droits réels, et révélerait toute l'étendue du pouvoir normatif de la jurisprudence, véritable *vexata quaestio* du droit processuel comme du droit constitutionnel. Sans plus entrer ici dans ce large et ancien débat, on peut *a minima* retenir que ces arrêts ont une évidente portée normative, dont il convient toutefois de préciser les limites.

Les faits de l'espèce méritent d'être exactement rappelés. La fondation « Maison de poésie », propriétaire à Paris d'un hôtel particulier édifié sur jardin et sans doute trop vaste pour ses activités, a vendu en 1932 ce bien à la Société des auteurs et compositeurs dramatiques (SACD). L'acte comportait toutefois deux clauses hors du commun : la première précisait qu'étaient formellement exclues de la vente la jouissance ou l'occupation par la Maison de la poésie de certaines parties de la propriété qu'elle occupait ; et la seconde ajoutait que la SACD pourrait récupérer les locaux ainsi occupés, à charge de construire dans le jardin une construction de même importance qui serait mise à la disposition de la fondation pour toute la durée de son existence. Le temps passant, les activités de la SACD croissant, celles de la fondation s'étiolant et les règlements d'urbanisme empêchant sans doute la construction envisagée dans le jardin, la SACD a souhaité récupérer les locaux occupés et a assigné la fondation. Un jugement du tribunal de grande instance de Paris du 4 mars 2010 a fait droit à cette demande, estimant que ce qu'elle analysait comme un droit d'usage et d'habitation était expiré. Un arrêt de la cour d'appel de Paris du 10 février 2011 a confirmé ce jugement, précisant que le droit d'usage et d'habitation conféré à une personne morale était limité à trente ans, sans qu'il puisse y être dérogé par convention, en application des articles 619 et 625 du code civil.

Mais, par arrêt du 31 octobre 2012, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a cassé cet arrêt au motif que la cour d'appel avait méconnu l'intention des parties de créer un droit réel *sui generis*. La cour d'appel de Paris, autrement composée, a, en conséquence, le 18 septembre 2014, infirmé le jugement et dit que la fondation était titulaire d'un droit réel exclusif pendant toute la durée de son existence. Et un nouveau pourvoi contre cet arrêt a été rejeté le 8 septembre 2016 par la troisième chambre civile, qui a retenu que le droit réel *sui generis* était concédé pour la durée de la fondation et non à perpétuité, et, n'étant pas soumis aux dispositions des articles 619 et 625 du code civil, n'était en conséquence pas limité à une durée de trente ans.

L'apport le plus original de ces deux arrêts réside clairement dans le premier d'entre eux, qui a admis que le droit réel créé par l'acte de vente de 1932 était distinct du droit d'usage et d'habitation (3e Civ., 31 octobre 2012, pourvoi n° 11-16.304, *Bull.* 2012, III, n° 159). De ce point de vue, le second de ces arrêts (3e Civ., 8 septembre 2016, pourvoi n° 14-26.953, *Bull.* 2016, III, n° 105) ne fait que dire les choses d'une manière plus directe, la solution étant cependant déjà tout entière inscrite dans le premier. Là réside à l'évidence l'audace qu'ont voulu percevoir certains de ses commentateurs : une longue tradition doctrinale tenait en effet, depuis Demolombe, à la thèse dite du *numerus clausus* des droits réels, selon laquelle le code civil fournissait une liste exhaustive des droits réels susceptibles d'être créés. Le chapeau de l'arrêt de 2012 sonne comme un démenti assez cinglant à la thèse du *numerus clausus* : les propriétaires peuvent consentir, sous réserve des règles d'ordre public, des droits réels conférant le bénéfice d'une jouissance

spéciale de leur bien. On doit en déduire que la catégorie des droits réels n'est désormais plus limitée par la liste qu'en donne le code et que les juristes peuvent donc imaginer des droits réels variés, adaptés à la situation des biens et de leurs propriétaires.

Cependant, le caractère novateur de cette solution doit être relativisé à plusieurs titres. Il convient en effet d'observer que la Cour de cassation n'avait jamais explicitement adhéré à la thèse du *numerus clausus* des droits réels. Bien mieux, on peut se demander si, déjà, dans un arrêt ancien de sa chambre des requêtes du 13 décembre 1834 dit « Caquelard » (H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, 2015, 13e éd., no 66, p. 403), elle n'avait pas clairement pris le contrepied de cette thèse (voir aussi 3e Civ,. 4 mars 1992, pourvoi no 90-13.145), qui doit son succès, non à la lettre même du code civil, lequel ne dit pas que sa liste des droits réels serait exhaustive, mais à l'interprétation qu'en a donnée au XIXe siècle l'école de l'exégèse (Demolombe, Pardessus, Troplong…). Il est juste de dire qu'au XXe siècle, cette position n'a pas fait l'unanimité (*Cf.* F. Terré, *Droit civil. Les Biens*, Dalloz, 7e éd., p. 60) et n'était pas retenue par la proposition de réforme du livre II du code civil de l'association Henri Capitant (2008) qui prévoyait, au contraire, dans une formulation très proche de celle du « chapeau » de l'arrêt de 2012, que « le propriétaire peut consentir, sous réserve des règles d'ordre public, un ou plusieurs droits réels conférant le bénéfice d'une jouissance exclusive ». Si les arrêts ici commentés ont une portée normative, c'est moins pour ajouter ou retrancher à la loi que pour corriger une interprétation doctrinale de celle-ci. Et s'il a fallu attendre près de deux siècles depuis l'arrêt « Caquelard » pour en avoir le cœur net, c'est bien en raison de cette caractéristique évidente de la jurisprudence, qui ne peut déployer ses raisonnements, éventuellement « normatifs », que lorsqu'elle est saisie d'une espèce s'y prêtant, telle, en 2012, le montage assez hors du commun réalisé en 1932 par la fondation « Maison de poésie » et la SACD.

Reste que le second des arrêts commentés est venu en 2016 apporter une précision qui manquait dans l'arrêt de 2012 (même si elle n'avait pu, à l'évidence, être absente de son délibéré) : le droit réel ainsi concédé ne se heurtait-il pas à la prohibition de la perpétuité d'un droit réel concédé à une personne morale et à sa limitation à trente ans, tirée des articles 619 et 625 du code civil ? L'arrêt de 2016 répond clairement, d'une part, que le droit réel en cause n'était pas perpétuel dès lors qu'il était limité à la durée de la vie de la fondation et, d'autre part, que, les articles 619 et 525 du code civil ne s'appliquant pas à ce droit réel, celui-ci n'était pas limité à une durée de trente ans. Cette solution n'était cependant pas totalement originale puisqu'un précédent arrêt (3e Civ., 28 janvier 2015, pourvoi no 14-10.013, *Bull.* 2014, III, no 13) avait déjà dit que les règles des articles 619 et 625 n'avaient pas vocation à s'appliquer si les parties convenaient de limiter dans le temps la durée du droit réel. Sans doute la Cour de cassation a-t-elle fait preuve en l'espèce d'une certaine audace en estimant qu'un droit consenti pour la durée de la fondation était bien limité dans le temps, en considérant que les personnes morales ne sont pas plus immortelles que les personnes physiques. Cette audace ne peut cependant aller jusqu'à conférer, de ce chef, aux arrêts commentés une portée normative, qui reste limitée, sous les réserves évoquées plus haut, à l'abandon définitif de la thèse du *numerus clausus* des droits réels.

Pour compléter cet exposé, on précisera qu'une décision récente de la troisième chambre civile (3e Civ., 7 juin 2018, pourvoi no 17-17.240, publié au *Bulletin*) semble avoir fait un pas supplémentaire dans la déconstruction de la théorie classique des droits

réels lorsque ceux-ci sont attachés non à une personne, mais à des lots de copropriété. Une piscine dépendant d'un immeuble en copropriété avait été distraite des parties communes et rattachée à un lot privatif, non sans que le règlement de copropriété institue certaines charges sur le lot, conduisant à faire de la piscine, en quelque sorte, une partie privative à jouissance commune. La cour d'appel, s'inscrivant dans le sillage des arrêts « Maison de la Poésie », avait considéré que le droit réel *sui generis* ainsi constitué n'était pas perpétuel, puisqu'il ne s'exerçait qu'aussi longtemps que durerait la copropriété et les dispositions de son règlement. Par un motif substitué, qui traduit une certaine évolution par rapport aux arrêts « Maison de la Poésie », la troisième chambre civile a jugé « qu'est perpétuel le droit réel attaché à un lot de copropriété conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale d'un autre lot », opérant ainsi une intéressante synthèse entre sa construction sur les droits réels *sui generis* et celle sur le lot de copropriété.

b. Le caractère perpétuel et imprescriptible du droit « crû et à croître »

M. B. a acheté un domaine agricole comportant deux cantons de « crû et à croître » (droit permettant de prélever une quantité de bois) situés sur une parcelle dont le sol appartient aux consorts S., propriétaires voisins. Afin de relier son terrain à la voie communale, il les a assignés en désenclavement et ceux-ci ont soutenu en défense que le « crû et à croître » constituait un démembrement de propriété éteint par non-usage pendant une durée de trente ans. Le tribunal de grande instance a jugé que le « crû et à croître » constituait un démembrement de propriété résultant de la dissociation entre la propriété du sol et celle du bois déjà « crû et à croître » et que, de nature perpétuelle, il ne pouvait à ce titre se prescrire par le non-usage. Par arrêt du 16 décembre 2010, la cour d'appel de Lyon a confirmé le jugement.

Le pourvoi faisait grief à l'arrêt de violer, par fausse application, l'article 544 du code civil en investissant l'exploitant de la pleine propriété des végétaux alors que le droit d'exploiter des arbres situés sur le sol d'un fonds appartenant à un tiers serait un simple droit réel de jouissance démembré de la propriété de ce fonds et susceptible d'extinction. Il invitait la Cour de cassation à revoir sa conception du droit de superficie à la suite d'une décision du Conseil constitutionnel selon laquelle le droit de superficie ne serait pas un droit de propriété, mais permettrait plus modestement à son bénéficiaire de jouir de certaines utilités du sol par la voie de plantations ou constructions (Cons. const., 21 juillet 1994, décision n° 94-346 DC, Loi complétant le code du domaine de l'État et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public). Selon cette thèse, le droit de superficie aurait la nature d'un simple droit de jouissance, d'usage et d'exploitation de biens implantés sur le terrain d'autrui, ce qui le rendrait assimilable à un usufruit et non pas à une propriété pleine et entière, les utilités résultant de l'usufruit ou du droit d'usage suffisant à couvrir celles conférées au superficiaire.

L'article 552 du code civil dispose que « la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous » et aucune des dispositions des articles 553 et suivants de ce code, relatives aux constructions, plantations et ouvrages faits sur le terrain d'autrui, ne comporte de dérogation à cette règle, seule l'indemnisation éventuelle du constructeur étant prévue.

Aussi s'agissait-il de s'interroger sur un éventuel revirement. Celui-ci consistait à renoncer à la solution d'origine exprimée par un arrêt du 16 décembre 1873 (*DP* 1874, 1, 249) : « Attendu que le droit de superficie forme un droit de propriété distinct et

séparé du fonds; qu'il porte exclusivement sur les constructions, et les bois ou autres produits du sol qui font l'objet du contrat par lequel il a été stipulé» et «Attendu que l'arrêt attaqué, caractérisant, d'après la commune intention des parties, d'après sa nature et son importance, le droit réservé par les auteurs de l'État, a déclaré qu'il constituait, non un droit d'usage soumis aux règles du cantonnement, mais un droit réel, absolu, illimité, de superficie»; et également par un arrêt du 27 avril 1891 (*DP* 1892, 1, 219) : «Attendu, en droit, qu'il résulte des dispositions du code civil, que le superficiaire a, non pas un simple droit d'usufruit, mais un véritable droit de propriété») et aux solutions reprises ensuite (3e Civ., 6 mars 1991, pourvoi nº 89-17.786, *Bull.* 1991, III, nº 84 : «Mais attendu qu'ayant relevé que la famille de D… avait entendu octroyer sur son héritage un droit perpétuel au bureau de bienfaisance, la cour d'appel, qui a retenu que la prérogative ainsi concédée sur la parcelle, aujourd'hui boisée, par l'un des auteurs de M. Le C…, au profit de la commune, était un droit de superficie aussi bien en vertu des principes de l'ancien droit qu'en application du code civil, a, par ces motifs qui excluent l'existence d'un droit d'usufruit, légalement justifié sa décision» (à rapprocher : Civ., 20 février 1851, *DP* 1851, 1, 54; 18 mai 1858, *DP* 1859, 1, 218; Req. 5 novembre 1866, *DP* 1867, 1, 32).

Pour rejeter le pourvoi, et approuver les juges du fond d'avoir déduit de leurs constatations que la prérogative concédée sur le fonds litigieux était perpétuelle et ne pouvait s'éteindre par le non-usage, la troisième chambre civile a retenu que les propriétés respectives avaient une origine commune remontant à un acte de partage du 12 juin 1837 attribuant à l'auteur de l'un des voisins un lot comprenant deux cantons de bois, «crû et à croître» à perpétuité, morts et vivants, pris sur le sol d'un lot réservé à l'auteur de ses contradicteurs, et que ce droit était invariablement mentionné dans tous les actes subséquents intéressant les successeurs du titulaire du sol (3e Civ., 23 mai 2012, pourvoi nº 11-13.202, *Bull.* 2012, III, nº 84).

Il a été souligné en doctrine (par L. d'Avout, *D.* 2012, 1934, nº 3) que la Cour de cassation ne qualifiait pas le droit litigieux mais prenait la suite de plusieurs précédents jurisprudentiels admettant la perpétuité des droits réels immobiliers autres que la propriété, ainsi du droit de jouissance exclusive d'une partie commune d'un immeuble en copropriété (3e Civ., 4 mars 1992, pourvoi nº 90-13.145, *Bull.* 1992, III, nº 73 ; 3e Civ., 24 octobre 2007, pourvoi nº 06-19.260, *Bull.* 2007, III, nº 183 ; *D.* 2007, 2803 et *D.* 2008, 2458, spéc. 2462, obs. B. Mallet-Bricout) ou de la reconnaissance, semble-t-il oubliée dans les chronologies, du droit perpétuel d'affichage réservé sur le mur d'un immeuble mis en copropriété (3e Civ.,18 janvier 1984, pourvoi nº 82-16.003, *Bull.* 1984, III, nº 16).

Deux éléments paraissent avoir inspiré la mise à l'écart d'un revirement qui, concédant une avancée de la thèse du *numerus clausus* (laquelle attribue indirectement aux textes un caractère impératif), aurait compromis une certaine flexibilité s'exprimant par la libre création de droits réels et la conception de volumes originaux dans le temps et dans l'espace.

D'abord, le principe de liberté et d'autonomie de la volonté dont l'arrêt «Caquelard» (Req. 13 février 1834, *S.* 1834, 1, p. 205) constitue le lieu de mémoire : «en droit, les articles 544, 546 et 552 du code civil sont déclaratifs du droit commun relativement à la nature et aux effets de la propriété, mais ne sont pas prohibitifs; […] ni ces articles, ni aucune autre loi, n'excluent les diverses modifications et décompositions dont le droit ordinaire de propriété est susceptible». Inspirant le droit des biens, ce principe

reconnaît aux contractants le pouvoir d'innover comme les protagonistes de l'affaire « Caquelard » l'avaient fait par la répartition entre deux propriétaires du droit aux herbes et du droit aux arbres situés sur une berge fluviale.

Ensuite, les usages car si le terme n'est pas employé (contrairement à l'arrêt du 6 mars 1991 qui évoque les « principes de l'ancien droit »), la date de l'acte de partage (1837), reprise dans le texte de l'arrêt, en évoque la présence en arrière-plan (plus généralement, voir G. Rouzet, « La place de la coutume en droit judiciaire contemporain », *in Les sources du droit à l'aune de la pratique judiciaire*, éd. Panthéon-Assas Paris-II, 2018, p. 87 et s.). Dans certaines régions de montagne, où se développent concomitamment des activités d'élevage et d'exploitation forestière, la répartition des utilités dans le temps (par exemple le pacage à certaines périodes) ou dans le volume physique de l'immeuble (les plantations, le sol et le sous-sol) permet de partager entre divers titulaires les ressources nécessaires, sans que cela soit incompatible avec la perpétuité de leurs droits.

Par le lien entre l'expression du consentement, lors d'un acte constitutif dont le rôle est majeur, et la conception libérale de la théorie des droits réels, les deux facettes de la perpétuité, objective et subjective, peuvent ainsi se conjuguer et, sous cet aspect de la transmissibilité au-delà de la durée moyenne de la vie humaine, le rappel, dans le texte de l'arrêt, de la mention d'un droit distinct sur les végétaux superficiels, « invariablement » transcrite dans les actes, a toute son importance.

c. Le droit de jouissance privatif sur une partie commune

Pour F. Givord, C. Giverdon, P. Capoulade (*La copropriété*, Dalloz Action, éd. 2012-2013, nº 102), c'est de la pratique qu'est advenue la création d'un droit dit de jouissance privatif ou exclusif d'une partie commune d'une copropriété, généralement une cour, une terrasse ou un jardin. Selon les mêmes auteurs, bien que correspondant à un besoin certain, cet usage s'est développé sans que le législateur ne s'en préoccupe.

L'exclusivité d'usage étant le critère déterminant de la qualification de partie privative, une telle jouissance exclusive d'une partie commune a pu être considérée comme un paradoxe (F. Givord, C. Giverdon, P. Capoulade, *La copropriété*, *op. cit.*, nº 102), voire une « hérésie » (C. Atias, « Propriété indivise et usage privatif : terrasses et terrains privés en copropriété immobilière », *JCP* 1987, éd. N, nº 353).

La loi nº 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis n'ayant toutefois pas rendu impératifs ses articles 2 et 3 instituant ce critère de distinction entre parties privatives et communes, c'est à la jurisprudence qu'est revenue de déterminer la nature puis le régime de ce nouveau droit – dont la licéité découlait ainsi de l'autonomie laissée par le législateur aux copropriétaires.

N'étant pas réductible aux catégories traditionnelles tels la servitude ou l'usufruit, c'est un droit *sui generis* que la Cour de cassation a consacré en le qualifiant de droit réel et, sauf stipulation contraire de l'acte constitutif, perpétuel (3e Civ., 4 mars 1992, pourvoi nº 90-13.145, *Bull.* 1992, III, nº 73 ; 3e Civ., 2 décembre 2009, pourvoi nº 08-20.310, *Bull.* 2009, III, nº 266).

Catégorie intermédiaire du droit de la copropriété, il ne modifie pas la nature de la partie commune sur laquelle il porte (3e Civ., 29 octobre 1973, pourvoi nº 72-12.531, *Bull.* 1973, III, nº 552 ; 3e Civ., 26 juin 1974, pourvoi nº 73-70.289, *Bull.* 1974, III,

n° 269) et, distinct d'un droit de propriété, ne peut constituer la partie privative d'un lot de copropriété (3e Civ., 6 juin 2007, pourvoi n° 06-13.477, *Bull.* 2007, III, n° 98; 3e Civ., 16 janvier 2008, pourvoi n° 06-15.314, *Bull.* 2008, III, n° 8). Partant, celui qui bénéficie de la jouissance exclusive d'une partie commune érigée en un lot, auquel une quote-part de propriété sur les parties communes est attribuée, pourra solliciter l'annulation de ces tantièmes (3e Civ., 6 novembre 2002, pourvoi n° 01-03.436, *Bull.* 2002, III, n° 215). Ainsi résumé par F. Givord, C. Giverdon, P. Capoulade (*La copropriété*, *op. cit.*, n° 104), il résulte donc de la jurisprudence sur la nature du droit de jouissance exclusif que, « bien que profitant à un copropriétaire, ce droit n'est pas attaché à la personne de ce copropriétaire mais au lot lui-même dans la composition duquel il entre à titre accessoire sans pour autant constituer un élément du lot ».

Quant à son régime, la Cour de cassation a déterminé les conditions auxquelles son titulaire pouvait entreprendre des travaux, ainsi que celles dans lesquelles il pouvait contribuer aux dépenses communes. Dès lors qu'il ne confère pas à son titulaire un droit de propriété, il lui a été dénié le droit d'édifier un ouvrage sans autorisation de l'assemblée générale (3e Civ., 4 mai 1995, pourvoi n° 93-11.121, *Bull.* 1995, III, n° 113). Avant sa réalisation, il est donc tenu, s'agissant d'un acte de disposition sur des parties communes, de solliciter l'autorisation de l'assemblée qui se prononcera à la majorité de l'article 26 de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 précitée (3e Civ., 4 novembre 2004, pourvoi n° 03-11.741, *Bull.* 2004, III, n° 189). Cette même majorité sera applicable à l'hypothèse d'une ratification *a posteriori* (3e Civ., 20 mars 2002, pourvoi n° 00-17.751, *Bull.* 2002, III, n° 70) et, *in fine*, l'ouvrage réalisé deviendra, par accession, une partie commune de l'immeuble (3e Civ., 26 juin 2002, pourvoi n° 00-15.718, *Bull.* 2002, III, n° 153).

S'agissant de la détermination de la contribution du titulaire de ce droit au fonctionnement de la copropriété, la Cour de cassation a approuvé que l'on puisse se référer à la quote-part de parties communes correspondant, sans pour autant être assimilée à un droit de propriété, aux charges que son titulaire devait supporter (3e Civ., 4 mai 1995, pourvoi n° 93-11.121 précité; 3e Civ., 27 mars 2008, pourvoi n° 07-11.801, *Bull.* 2008, III, n° 59).

Quant à la naissance de ce droit, si elle résulte le plus souvent d'une clause du règlement (3e Civ., 25 janvier 1995, pourvoi n° 92-19.600, *Bull.* 1995, III, n° 29; 3e Civ., 21 juin 2006, pourvoi n° 05-14.441, *Bull.* 2006, III, n° 158), il a été admis qu'il puisse s'acquérir par usucapion (3e Civ., 24 octobre 2007, pourvoi n° 06-19.260, *Bull.* 2007, III, n° 183).

S'il est constant qu'il peut être cédé avec le lot dont il est l'accessoire, s'est posée la question de savoir à quelle condition il pouvait l'être distinctement dudit lot.

Dans une affaire soumise à la Cour en 2013, un copropriétaire en avait assigné un autre en réalisation forcée de la vente du droit de jouissance privatif d'une partie de la toiture-terrasse d'un immeuble.

La cour d'appel avait rejeté sa demande au motif que la cession n'avait pas été autorisée par l'assemblée générale alors que le partage d'un droit de jouissance privatif d'une partie commune supposait une modification du règlement et de l'état descriptif de division. Le pourvoi lui reprochait, en substance, de violer les articles 1134 et 1583 du code civil, pour méconnaître le principe de libre cession de ce droit réel et perpétuel.

La Cour de cassation a approuvé la cour d'appel d'avoir « exactement énoncé que le droit de jouissance privative d'une partie commune, attaché par le règlement de copropriété à un lot, ne peut être cédé en tout ou partie au propriétaire d'un autre lot qu'avec l'accord du syndicat des copropriétaires » (3e Civ., 17 décembre 2013, pourvoi nº 12-23.670, *Bull.* 2013, III, nº 166).

Cette nouvelle décision de principe a appelé les commentaires de la doctrine sur son fondement. Si, pour W. Dross, l'exigence posée est claire mais garde son mystère (« L'aliénation du droit de jouissance exclusive des parties communes », *RTD civ*. 2014, nº 2, p. 402), elle découle, pour L. Tranchant, du caractère accessoire du droit de jouissance exclusif (« Droit des biens et de la copropriété », Defrénois 2014, nº 9, DEF116b2, p. 487). Au-delà de ce caractère, c'est, pour V. Zalewski-Sicard, parce que la cession implique qu'il soit procédé à la modification du règlement de copropriété, afin que le droit de jouissance exclusif ne soit plus attaché au lot du cédant mais à celui du cessionnaire, que le vote de l'assemblée est nécessaire (« Cession d'un droit de jouissance privatif de partie commune », *Rev. loyers*, 2014, p. 79). Pour D. Tomasin, cette nécessité résulte de ce qu'il porte sur une partie commune dont le syndicat a l'administration et la conservation en application de l'article 14 de la loi nº 65-557 du 10 juillet 1965 précitée (« Droit de la copropriété, 1er juillet 2012 - 31 décembre 2013 », *AJDI* 2014, p. 680).

Au fil de ses arrêts, la Cour de cassation, sensible aux nécessités de la pratique, a donc institué puis encadré le droit de jouissance exclusif d'une partie commune et les interrogations de la doctrine sur son dernier arrêt de principe sont l'illustration de la richesse des problématiques soulevées par cette œuvre jurisprudentielle.

2. La matière des successions et libéralités : la construction du nouveau régime d'acceptation de la succession à partir de l'article 786 du code civil issu de la loi de 2006 et le « sauvetage » des testaments pour préserver la volonté du défunt

En matière successorale, la jurisprudence s'appuie sur les textes nationaux et internationaux pour surmonter certains cas de nullité du testament en raison du non-respect, par le testateur, des règles de formes de cet acte. Dans ces hypothèses, la jurisprudence est guidée par le respect de la volonté exprimée par le défunt.

Selon l'article 970 du code civil, un testament olographe n'est valable que s'il est écrit en entier, daté et signé de la main du testateur. En effet, la mention de la date permet de s'assurer que le testateur était sain d'esprit au moment de la rédaction, et, en présence de plusieurs testaments successifs, elle permet de retenir l'expression de la dernière volonté. Toutefois, la Cour de cassation applique ce formalisme avec souplesse : le testament olographe n'est pas systématiquement annulé lorsque sa date est inexacte.

Dans un premier temps, la Cour de cassation a admis la validité du testament olographe comportant une date erronée lorsque celle-ci peut être rectifiée à l'aide d'éléments intrinsèques à l'acte, éventuellement complétés par des éléments extrinsèques, tirés des circonstances de l'espèce (1re Civ., 11 février 2003, pourvoi nº 99-12.626, *Bull.* 2003, I, nº 46 ; 1re Civ., 7 juin 2006, pourvoi nº 04-10.602, *Bull.* 2006, I, nº 301). Toutefois, dans ces deux affaires, les testaments comportaient des dates inexactes et, en l'absence d'élément tiré du testament lui-même, la Cour de cassation a retenu leur nullité.

La jurisprudence a marqué un évolution certaine à partir de 2007 en retenant la validité de testaments olographes dépourvus de date, dès lors que les conditions suivantes

étaient respectées : « en dépit de son absence de date, un testament olographe n'encourt pas la nullité dès lors que des éléments intrinsèques à l'acte, corroborés par des éléments extrinsèques, établissent qu'il a été rédigé au cours d'une période déterminée et qu'il n'est pas démontré qu'au cours de cette période le testateur ait été frappé d'une incapacité de tester ou ait rédigé un testament révocatoire ou incompatible » (1re Civ., 10 mai 2007, pourvoi n° 05-14.366, *Bull.* 2007, I, n° 182 ; 1re Civ., 5 mars 2014, pourvoi n° 13-14.093, *Bull.* 2014, I, n° 31). Dans ces deux affaires, la Cour de cassation a confirmé l'appréciation souveraine des juges du fond, lesquels avaient utilisé les dispositions des testaments et des éléments tirés des conditions de vie des testateurs leur permettant de déterminer la période de rédaction des testaments. Les juges du fond ont relevé qu'au cours de ces périodes, les testateurs n'avaient pas été atteints d'incapacité et n'avaient pris aucune disposition incompatible. Dans la première affaire, la période de rédaction n'était que de dix mois et sept jours, mais elle était de six ans et demi dans la seconde. Employant les mêmes critères, la Cour de cassation a retenu la validité du codicille olographe, annexé à un testament authentique, alors que ce codicille comportait une date inexacte (1re Civ., 9 juillet 2014, pourvoi n° 13-18.685, *Bull.* 2014, I, n° 135).

Dans une démarche similaire, la Cour de cassation a développé une jurisprudence permettant de retenir la validité d'un testament public ou authentique, alors que celui-ci ne respecte pas les conditions de forme prévues aux articles 971 à 975 du code civil.

Le premier acte de cette évolution est intervenu en 2012 : dans cette affaire, la validité d'un testament public était contestée au motif qu'il était composé de plusieurs pages, lesquelles n'étaient pas toutes paraphées. Au regard du droit français, ce testament authentique était nul en raison du non-respect des dispositions de l'article 14 du décret n° 71-941 du 26 novembre 1971 imposant le paraphe de chaque feuillet. Les juges du fond ont également examiné la validité de ce testament au regard des exigences de la Convention de Washington du 26 octobre 1973 créant le testament international, laquelle est entrée en vigueur en France le 1er décembre 1994 (décret n° 94-990 du 8 novembre 1994 portant publication de la convention portant loi uniforme sur la forme d'un testament international). Cependant, dans cette affaire, le testament litigieux ne respectant pas non plus les dispositions de cette Convention, sa nullité a été confirmée par la Cour de cassation (1re Civ., 10 octobre 2012, pourvoi n° 11-20.702, *Bull.* 2012, I, n° 201). Cette décision permettait toutefois d'envisager la préservation de testaments publics, irréguliers en la forme selon le droit français, mais conformes aux exigences plus souples de la Convention de Washington.

Ainsi, la Cour de cassation a retenu que « l'annulation d'un testament authentique pour non-respect des dispositions des articles 971 à 975 du code civil ne fait pas obstacle à la validité de l'acte en tant que testament international dès lors que les formalités prescrites par la Convention de Washington du 26 octobre 1973 ont été accomplies » (1re Civ., 12 juin 2014, pourvoi n° 13-18.383, *Bull.* 2014, I, n° 109). Dans cette affaire, le testament authentique avait été déclaré nul au regard des exigences du code civil mais régulier en application de la Convention de Washington du 26 octobre 1973 (voir aussi 1re Civ., 25 novembre 2015, pourvoi n° 14-21.287, *Bull.* 2015, I, n° 300).

Toutefois, ces assouplissements de la rigueur des textes admis par la jurisprudence sont exclus lorsque le testament est affecté d'une nullité de fond, telle l'insanité d'esprit de son auteur (1re Civ., 12 juin 2014, pourvoi n° 13-20.582, *Bull.* 2014, I, n° 109)

ou lorsque le testament olographe n'est pas de la main du testateur (1re Civ., 28 mai 2015, pourvoi nº 14-14.506, *Bull.* 2015, I, nº 123).

3. Le droit international privé : l'office du juge dans l'application du droit étranger ou la recherche de sa teneur sur le fondement de l'article 3 du code civil

Le code civil des Français adopté en 1804 était d'une grande pauvreté en fait de règles de conflit. L'autonomisation progressive du droit international privé et l'excellence doctrinale française n'y ont rien changé et on pourrait aujourd'hui dire, comme le professeur Lainé en 1905 (*Revue de droit international privé et de droit pénal international*, 1905, tome I, p. 21), que cette partie du code demeure « tout à fait insuffisante et même en certains points très défectueuse ».

Depuis que l'Union européenne s'est dotée d'une compétence législative en matière de droit international privé avec le traité d'Amsterdam, entré en vigueur le 1er mai 1999, pour favoriser la libre circulation, cette carence est comblée par le législateur européen à un rythme accéléré dans le domaine des contrats, mais surtout en droit de la famille.

Dans l'intervalle, c'est la jurisprudence qui a bâti le droit international privé français, notamment à partir du support textuel à la portée la plus générale : celui de l'article 3 du code civil. C'est à partir de ce texte en effet que la Cour de cassation a, au cours des trente dernières années, progressivement imposé aux juges du fond de jouer un rôle proactif pour assurer l'effectivité du droit international privé.

Les enjeux sont importants : dans le contexte global d'une internationalisation croissante des échanges, l'application des règles de conflit est la première condition de l'efficacité des décisions de justice françaises à l'étranger, mais aussi, réciproquement, de la réception des décisions de justice étrangères en France.

Le renforcement de l'office du juge par la Cour de cassation ne diminue pas le devoir de conseil de l'avocat envers son client en présence d'un élément d'extranéité ; bien au contraire, il révélera la faute du conseil qui, sans que cette omission procède d'une stratégie délibérée, n'aurait pas invoqué la règle de conflit ou le droit étranger applicable et, en amont de l'introduction de l'instance, n'aurait pas orienté son mandant dans les choix de for et de loi s'offrant à lui.

La construction repose au premier chef sur la distinction entre droits disponibles et droits indisponibles qui demeure même si, avec l'avènement du droit européen de la famille, cette ligne de partage traditionnelle revêt des aspects nouveaux, puisqu'il est désormais possible de choisir la loi applicable à son divorce ou à sa succession, ce qui rend ces matières « semi-disponibles » (C. Roth, *AJ Famille* 2017, p. 203).

L'état des personnes étant le domaine naturel des droits indisponibles, c'est la première chambre civile de la Cour de cassation qui, avec les arrêts *Rebouh* du 11 octobre 1988 et *Belaïd* du 26 mai 1999 (1re Civ., 11 octobre 1988, pourvoi nº 87-11.198 et 1re Civ., 26 mai 1999, pourvoi nº 97-16.684, *Bull.* 1999, I, nº 74 ; B. Ancel et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 5e édition, 2006, nº 74-78), renonçant à la solution de l'arrêt *Bisbal* de 1959 (Cass. civ., 12 mai 1959, *Bull.*, I, nº 236), a fait basculer cet office, transformant la simple faculté de relever d'office l'application de la règle française de conflit en obligation pour le juge, y compris lorsque cette règle conduit à l'application d'une loi étrangère.

En matière de droits indisponibles, le simple constat de l'existence d'éléments d'extranéité dans le litige doit déclencher l'application de la règle de conflit *ad hoc*.

Ainsi par exemple, au double visa de l'article 309 du code civil, qui contient une règle de conflit de lois en matière de divorce, et de son article 3, la première chambre civile a censuré deux décisions ayant prononcé un divorce selon la loi française sans avoir préalablement déroulé la règle de conflit, malgré des éléments d'extranéité évidents – les époux n'étaient pas de nationalité française et l'un d'eux était domicilié à l'étranger (1re Civ., 1er juin 2017, pourvoi no 16-16.903 ; 1re Civ., 3 mars 2010, pourvoi no 09-13.723, *Bull.* 2010, I, no 52). La Cour de cassation, ne pouvant procéder elle-même à l'analyse de la règle de conflit étrangère que suppose l'article 309, il était indifférent de savoir, dans ces deux affaires, si la loi française appliquée au divorce était ou non la bonne : la cassation sanctionne une erreur méthodologique.

Comme l'avait noté le président Ponsard (*Rapport de la Cour de cassation* 1989, *Étude*, reprise à la *Rev. crit. DIP* 1990, p. 607), cette obligation de mettre en œuvre la règle de conflit ne présente pas de particularité lorsqu'elle est issue d'une norme internationale : la première chambre civile se borne alors à viser la convention (1re Civ., 24 janvier 2018, pourvoi no 16-26.698) ou le règlement européen qui convient (1re Civ., 12 juillet 2017, pourvoi no 16-18.821), sans justifier particulièrement cette référence par leur caractère supralégislatif, puisque les règles de conflit que ces textes contiennent sont les nôtres.

Dans la mesure où les moyens pris de leur violation peuvent être soulevés sans mal pour la première fois devant la Cour de cassation, parce que les éléments de fait – c'est-à-dire d'extranéité – qui déclenchent leur application sont, en pratique, toujours dans le débat, les juges du fond faisant preuve d'indulgence à l'égard de parties n'ayant proposé aucun raisonnement en droit international privé ne leur rendent pas service.

Par contraste, en matière de droits disponibles, c'est toujours aux parties qu'il incombe d'invoquer l'application du droit étranger, le juge conservant la simple faculté de mettre en œuvre d'office la règle de conflit, à telle enseigne que le moyen tiré de l'application du droit étranger est déclaré irrecevable s'il est présenté pour la première fois devant la Cour de cassation sans avoir été préalablement soumis aux juges du fond (1re Civ., 28 novembre 2006, pourvoi no 05-19.838, *Bull.* 2006, I, no 522 ; 1re Civ., 20 octobre 2010, pourvoi no 08-17.033, *Bull.* 2010, no 207 ; 1re Civ., 14 janvier 2015, pourvoi no 13-21.814 ; 1re Civ., 11 mai 2016, pourvoi no 15-10.818 ; voir aussi J.-P. Ancel, « L'invocation d'un droit étranger et le contrôle de la Cour de cassation », *in Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 3). S'articulant avec les principes généraux du procès civil, les créations prétoriennes ayant pour support l'article 3 du code civil constituent à présent un *corpus* commun à l'office du juge en matière de droits disponibles et indisponibles.

D'abord, l'application spontanée par le juge de la règle de conflit, puis la recherche et la mobilisation du droit applicable en vertu de cette règle, lui imposent de veiller scrupuleusement à respecter lui-même le principe de la contradiction (1re Civ., 2 décembre 1997, pourvoi no 95-22.220, *Bull.* 1997, I, no 336 ; 1re Civ., 2 octobre 2001, pourvoi no 99-13.461, *Bull.* 2001, I, no 237 ; 1re Civ., 6 décembre 2005, pourvoi no 03-10.274, *Bull.* 2005, I, no 469).

Ensuite, toujours au visa de l'article 3 du code civil, la Cour de cassation impose depuis 2005 au juge français qui reconnaît applicable un droit étranger d'en rechercher,

soit d'office, soit à la demande d'une partie qui l'invoque, la teneur, avec le concours des parties et personnellement s'il y a lieu, et de donner à la question litigieuse une solution conforme au droit positif étranger (1re Civ., 28 juin 2005, pourvoi nº 00-15.734, *Bull.* 2005, I, nº 289; Com., 28 juin 2005, pourvoi nº 02-14.686, *Bull.* 2005, IV, nº 138, notamment présentés au *Rapport annuel* 2012, *Étude*, p. 112) : la formule adoptée le même jour, pour mettre fin à une divergence, par la première chambre civile et la chambre commerciale, est aussi large qu'impérative (sur l'évolution jurisprudentielle ayant conduit à cette solution, voir l'*Étude annuelle 2017* de la Cour de cassation, « Le juge et la mondialisation », p. 19).

Enfin, il ne suffit pas au juge de se contenter de viser formellement la loi étrangère : il doit en expliciter la teneur exacte (1re Civ., 19 octobre 2016, pourvoi nº 15-21.902; 14 janvier 2015, pourvoi nº 13-21.659), afin que la Cour régulatrice française et, au-delà, le juge de l'*exequatur* étranger puissent suivre son raisonnement.

Le « droit positif étranger », ce n'est pas seulement la loi votée par un parlement, mais aussi la manière dont elle est interprétée localement.

La Cour de cassation française renvoie là, en particulier, à la jurisprudence des cours suprêmes étrangères, auxquelles elle n'a nulle vocation à se substituer. C'est pourquoi le droit étranger ne peut qu'être souverainement apprécié dans son contenu par les juges du fond, sauf à être déformé au point d'être dénaturé : en substance, le contrôle exercé par la Cour de cassation sur le contenu de la loi étrangère est le même que celui qu'elle exerce sur l'interprétation des clauses d'un contrat.

On soulignera que c'est au visa de l'article 3 du code civil que la première chambre civile de la Cour de cassation censure la dénaturation de la loi étrangère, plutôt qu'à celui des articles 1134 ancien du code civil et 4 du code de procédure civile ou du principe général selon lequel le juge ne doit pas dénaturer les documents qui lui sont soumis (1re Civ., 24 septembre 2014, pourvois nº 13-20.049 et nº 13-25.556; 1er juillet 1997, pourvoi nº 95-15.262, *Bull.* 1997, I, nº 221).

L'obligation faite au juge de rechercher le contenu de la loi étrangère génère de délicates questions d'accessibilité et de qualité des sources (Lemontey & Rémery, *Rapport annuel 1993* de la Cour de cassation, p. 87) : « ce n'est jamais sans requérir bien des efforts, ni sans s'exposer à quelque risque qu'une décision met en œuvre une disposition étrangère » (B. Ancel et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 5e édition, 2006, nº 74-78, p. 721).

Le contenu de la loi étrangère se prouve par tous moyens, et il faut partir du postulat que sa connaissance est un objectif difficilement atteignable; l'écho de cette recherche qualitative ne parvient jusqu'à la Cour de cassation que de manière très atténuée : ce n'est pas devant elle que les parties peuvent compléter l'argumentation qu'ils ont présentée aux juges du fond au sujet du contenu de la loi étrangère (1re Civ., 7 février 2018, pourvoi nº 16-15.157; *AJ Famille* 2018, p. 186).

C'est pourquoi une soupape existe : si le juge se heurte à l'impossibilité d'obtenir la preuve du contenu de la loi étrangère, il peut, même en matière de droits indisponibles, faire application de la loi française, à titre subsidiaire (1re Civ., 21 novembre 2006, pourvoi nº 05-22.002, *Bull.* 2006, nº 500; 1re Civ., 10 décembre 2014, pourvoi nº 13-19.880).

Le droit positif étranger, ce n'est pas nécessairement une règle de fond. Ainsi, la première chambre civile de la Cour de cassation a récemment censuré, toujours au visa de l'article 3 du code civil, une cour d'appel ayant, pour rejeter la demande tendant à écarter des débats des correspondances échangées entre des avocats inscrits à des barreaux américains et canadiens, retenu qu'il n'était pas justifié de l'existence d'un principe de confidentialité applicable à ces documents, non régis par les règles déontologiques françaises, alors qu'il lui appartenait de rechercher le contenu de la règle de droit étrangère pour l'appliquer à la question de savoir si la preuve constituée par de tels documents pouvait être admise (1re Civ., 1er juin 2016, pourvoi nº 15-13.221, *Bull.* 2016, nº 124).

En somme, pour organiser l'office du juge civil en présence d'un élément d'extranéité, la Cour de cassation a dépassé la distinction entre lois de police et de sûreté, lois réelles et lois personnelles (J.-M. Boileux, *Commentaire sur le code civil*, 6e éd, 1851, p. 19) proposée par les trois alinéas sibyllins de l'article 3 du code civil ; le renforcement de cet office se poursuit aujourd'hui à partir d'une interprétation dynamique de ce texte, inaltéré depuis 1804 et dont la réforme n'est pas envisagée.

4. Le fonctionnement du mécanisme de purge des irrégularités lorsque l'étranger saisit lui-même le juge des libertés et de la détention (JLD) après une première prolongation

Lorsque l'étranger saisit lui-même le JLD après une première décision de prolongation, un mécanisme de purge qui résulte de la validation, par le premier juge, de la procédure préalable à sa décision s'applique également (*cf. supra*, chapitre 1, section 2, § 2, A). Il résulte de l'interprétation, par la Cour de cassation, de l'article R. 552-17 du CESEDA, tel qu'issu du décret nº 2006-1378 du 14 novembre 2006 relatif à la partie réglementaire du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

Par une série de vingt-et-un arrêts rendus le 24 septembre 2008, la Cour de cassation a censuré, au visa de l'article R. 552-17 du code précité, des arrêts qui confirmaient, en raison d'une circonstance antérieure à la première prolongation, la décision du JLD de mettre fin à la rétention. La première chambre civile de la Cour de cassation a relevé qu'en se fondant sur des faits antérieurs à la décision du premier président prolongeant la rétention, et sans relever l'existence de circonstances nouvelles de droit ou de fait depuis cette décision, le juge des libertés et de la détention avait excédé ses pouvoirs (1re Civ., 24 septembre 2008, pourvoi nº 07-19.243, *Bull.* 2008, I, nº 210).

Autoriser le JLD à mettre fin à la rétention alors qu'une décision du premier président d'une cour d'appel vient d'ordonner la prolongation reviendrait à retirer à cette dernière toute autorité de chose jugée. L'ordonnance du premier président ne bénéficie, certes, que de l'autorité de chose jugée au provisoire, néanmoins, une telle décision ne paraissait devoir être modifiée ou rapportée qu'en cas de circonstances nouvelles.

Encore récemment, la première chambre civile a jugé qu'une circonstance nouvelle, au sens de l'article R. 552-17 du CESEDA, ne pouvait résulter de faits antérieurs à la décision prolongeant la rétention (1re Civ., 24 février 2016, pourvoi nº 15-14.578).

Section 2. L'adaptation des textes

L'adaptation des textes consiste, pour le juge, à toujours réinterpréter leur sens afin qu'ils conservent leur jeunesse d'esprit en dépit d'une lettre vieillissante. Cette adaptation mobilise le pouvoir normatif de la Cour de cassation à l'initiative du législateur lui-même qui utilise des notions floues, vagues et indéterminées en confiant au juge le soin de leur donner corps dans les affaires qui leur sont soumises (§ I). Elle s'impose parfois pour tenir compte des évolutions sociales, économiques ou encore techniques (§ II).

§ I. L'adaptation des textes sur habilitation du législateur

L'utilisation par le législateur de standards ou de notions imprécises (faute, bonne foi, propriété, acte de commerce, intérêt de l'entreprise, secteur géographique, communauté de travail par exemple) habilite le juge à en définir la substance. La notion de véhicule terrestre à moteur (A), de travailleur dépendant, d'accident du travail, d'allocataire des prestations familiales et de débiteur des cotisations sociales en droit de la sécurité sociale (B) serviront d'exemple.

A. La définition de la notion de véhicule dans le cadre de la loi de 1985

La loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation s'applique aux victimes d'un accident de la circulation dans lequel est impliqué un véhicule terrestre à moteur ainsi que ses remorques ou semi-remorques, à l'exception des chemins de fer et des tramways circulant sur des voies qui leur sont propres.

La Cour de cassation a jugé que l'indemnisation de la victime d'un accident de la circulation dans lequel est impliqué un véhicule terrestre à moteur ne peut être fondée que sur les dispositions d'ordre public de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 précitée (2e Civ., 11 juin 2009, pourvoi n° 08-14.224, *Bull.* 2009, II, n° 145). Mais le législateur n'a pas défini dans ce texte la notion de « véhicule terrestre à moteur », ce qui a conduit la Cour de cassation à en préciser les contours. Cette tâche était d'autant plus nécessaire que, non seulement cette notion conditionne l'application de la loi du 5 juillet 1985 précitée, mais également l'obligation d'assurance instituée par la loi n° 58-208 du 27 février 1958, qui figure aujourd'hui à l'article L. 211-1 du code des assurances.

Pour remplir son office, la Cour de cassation a pu prendre en considération d'autres textes proposant une définition du véhicule terrestre à moteur.

Ainsi, l'article L. 110-1, 1°, du code de la route dispose que « le terme "véhicule à moteur" désigne tout véhicule terrestre pourvu d'un moteur de propulsion, y compris les trolleybus, et circulant sur route par ses moyens propres, à l'exception des véhicules qui se déplacent sur rails ».

La directive 72/166/CEE du Conseil du 24 avril 1972, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à l'assurance de la responsabilité civile résultant de la circulation de véhicules automoteurs, et au contrôle de l'obligation d'assurer cette responsabilité, prévoit qu'il faut entendre par véhicule, au sens de ce texte, « tout véhicule automoteur destiné à circuler sur le sol et qui peut être actionné par une force mécanique, sans être lié à une voie ferrée, ainsi que les remorques, même

non attelées ». Cette définition a été reprise, mot pour mot, par l'article L. 211-1 du code des assurances.

L'on observera que ces définitions sont suffisamment larges pour s'appliquer à des engins très divers. De fait, la jurisprudence de la Cour de cassation retient une conception extensive de la notion de véhicule terrestre à moteur.

Il n'est pas discuté qu'entrent dans cette catégorie les voitures, camions, autobus, motocyclettes ou cyclomoteurs.

La jurisprudence a précisé que des engins agricoles automoteurs comme un tracteur (2e Civ., 5 mars 1986, pourvoi no 84-17.728, *Bull.* 1986, II, no 28) ou une moissonneuse-batteuse (2e Civ., 10 mai 1991, pourvoi no 90-11.377, *Bull.* 1991, II, no 137) sont également des véhicules terrestres à moteur.

Il en est de même d'un kart (Crim., 29 juin 1999, pourvoi no 98-84.981, *Bull. crim.* 1999, no 156), d'un camion de balayage de la voirie (2e Civ., 24 avril 2003, pourvoi no 01-13.017, *Bull.* 2003, II, no 104), d'une nacelle autoportée circulant par ses propres moyens (Crim., 15 janvier 2008, pourvoi no 07-80.800, *Bull. crim.* 2008, no 6) et d'une trottinette à moteur de 30 cm^3 non homologuée (2e Civ., 17 mars 2011, pourvoi no 10-14.938).

Dans ces affaires, la qualification de véhicule terrestre à moteur n'était pas contestée devant la Cour.

D'autres pourvois, en revanche, ont porté sur cette qualification même.

C'est ainsi qu'une cour d'appel avait décidé qu'une pelleteuse, engin de vingt-cinq tonnes équipé de chenilles, était un matériel de travaux publics et non un véhicule. Cette décision a été cassée au motif que la pelleteuse mécanique se déplaçait par ses propres moyens au moment de l'accident, ce dont la Cour de cassation a déduit qu'il s'agissait d'un véhicule terrestre à moteur (2e Civ., 30 juin 2004, pourvoi no 02-15.488, *Bull.* 2004, II, no 334).

Dans la même logique, la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel qui, après avoir relevé qu'une tondeuse à gazon « autoportée », instrument du dommage, était un engin à moteur doté de quatre roues lui permettant de circuler, équipé d'un siège sur lequel une personne prend place pour le piloter, en avait déduit qu'il s'agissait d'un véhicule terrestre à moteur au sens de la loi du 5 juillet 1985 précitée (2e Civ., 24 juin 2004, pourvoi no 02-20.208, *Bull.* 2004, II, no 308) et a confirmé cette analyse par un arrêt postérieur (2e Civ., 22 mai 2014, pourvoi no 13-10.561, *Bull.* 2014, II, no 116).

Ces arrêts se fondent sur des critères empruntés à la définition de l'article L. 211-1 du code des assurances puisqu'ils constatent en substance que les engins litigieux sont équipés d'un moteur, se déplacent sur le sol et peuvent transporter au moins une personne ou des choses.

La jurisprudence a eu l'occasion de se prononcer sur d'autres engins, *a priori* éloignés des prévisions du législateur. La Cour de cassation a ainsi approuvé une cour d'appel qui avait décidé que n'entrait pas dans les prévisions de la loi du 5 juillet 1985 précitée une petite voiture électrique, évoluant dans un manège pour enfants, après avoir constaté qu'il s'agissait d'un véhicule miniature réservé à des enfants en bas âge en dessous de cinq ans, assimilable à un jouet et non soumis à l'obligation de l'assurance automobile obligatoire (2e Civ., 4 mars 1998, pourvoi no 96-12.242, *Bull.* 1998, II, no 65). Il ressort

de cette décision que la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a retenu deux critères pour écarter la qualification de véhicule terrestre à moteur : le fait que le véhicule soit un jouet et qu'il ne soit pas soumis à l'obligation d'assurance automobile.

Le fait qu'un véhicule puisse échapper aux prévisions de la loi de 1985 au motif qu'il s'agit d'un jouet a été critiqué par certains auteurs, qui remarquent que la loi ne fait pas cette distinction (P. Jourdain, *RTD Civ*. 2016, p. 135).

Pour autant, la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel qui avait décidé qu'était un véhicule terrestre à moteur une mini-moto, appelée *pocket bike*, au motif qu'elle se déplaçait sur route au moyen d'un moteur à propulsion, avec faculté d'accélération et qu'elle ne pouvait être considérée comme un simple jouet (2e Civ., 22 octobre 2015, pourvoi nº 14-13.994, *Bull.* 2015, II, nº 236). Mais la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a, dans cette affaire, considéré qu'était inopérant le moyen qui reprochait à la cour d'appel de ne pas avoir recherché si ce véhicule, non réceptionné ni immatriculé, était ou non soumis à l'obligation légale d'assurance. Il se déduit de cette dernière décision, d'une part, qu'est réaffirmée l'exclusion du champ d'application de la loi du 5 juillet 1985 précitée d'un véhicule qui serait qualifié de simple jouet, d'autre part, que le critère relatif à l'assurance obligatoire, posé dans l'arrêt du 4 mars 1998, a été abandonné.

En réalité, dès lors que l'on est en présence d'un véhicule terrestre à moteur au sens de la loi du 5 juillet 1985 précitée, ce véhicule est soumis à une obligation d'assurance par application de l'article L. 211-1 du code des assurances qui se réfère à la même notion. C'est d'ailleurs ce qu'avait affirmé la deuxième chambre civile dans le premier arrêt relatif à une tondeuse « autoportée », au sujet de laquelle « la cour d'appel a [vait] exactement déduit que cet engin était un véhicule terrestre à moteur au sens de la loi nº 85-677 du 5 juillet 1985, assujetti, comme tel à l'assurance automobile obligatoire » (2e Civ., 24 juin 2004, pourvoi nº 02-20.208, préc.). Ainsi, comme le relève à juste titre un auteur, « c'est la qualification de véhicule terrestre à moteur qui conditionne l'assujettissement à une assurance automobile obligatoire et non l'inverse » (M. Mekki, *Gaz. Pal.*, 2016, 3, p. 34).

L'étude de la jurisprudence établit que l'absence de définition de la notion de véhicule terrestre à moteur dans la loi du 5 juillet 1985 précitée a conduit la Cour de cassation à en faire application dans des cas de figure très variés, notamment, au gré des évolutions technologiques (*cf. infra* § II). Pour ce faire, et afin de respecter le principe de prévisibilité de la loi, elle a dégagé les critères mentionnés ci-avant, auxquels, sauf intervention du législateur, seront confrontés à l'avenir d'autres engins, qui circulent déjà ou seront inventés dans les prochaines années.

B. Les notions de travailleur dépendant, d'accident du travail, d'allocataire des prestations familiales et de débiteur des cotisations sociales en droit de la sécurité sociale

1. La notion de travailleur dépendant au sens de l'assujettissement au régime général

Aux termes de l'article L. 311-2 du code de la sécurité sociale, « Sont affiliées obligatoirement aux assurances sociales du régime général, quel que soit leur âge et même

si elles sont titulaires d'une pension, toutes les personnes quelle que soit leur nationalité, de l'un ou de l'autre sexe, salariées ou travaillant à quelque titre ou en quelque lieu que ce soit, pour un ou plusieurs employeurs et quels que soient le montant et la nature de leur rémunération, la forme, la nature ou la validité de leur contrat.» Ainsi, la personne assujettie au régime général est celle qui a la qualité de salarié ou qui y est assimilée par la loi.

La Cour de cassation a longtemps affirmé que la qualité de salarié impliquait nécessairement l'existence d'un lien de subordination juridique du travailleur à son employeur (Chambres réunies, 21 mai 1965, pourvoi nº 63-10.266, *Bull.* 1965, Chambres réunies, nº 5). La démonstration d'un travail effectué dans un service organisé était suffisante à établir un tel lien puisque caractérisant l'immixtion ou l'ingérence d'un employeur dans l'activité de son subordonné (Ass. plén., 18 juin 1976, pourvoi nº 74-11.210, *Bull.* 1976, Ass. plén., nº 9).

Par un arrêt du 13 novembre 1996, dit «Société générale», la Cour de cassation a précisé les éléments constitutifs du lien de subordination en affirmant qu'il se caractérise par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné (Soc., 13 novembre 1996, pourvoi nº 94-13.187, *Bull.* 1996, V, nº 386). Cet arrêt de principe affirme également que le travail au sein d'un service organisé peut constituer un indice du lien de subordination lorsque l'employeur détermine unilatéralement les conditions d'exécution du travail.

Cet élément ne suffit plus désormais à établir, à lui seul, l'existence d'un lien de subordination (2e Civ., 18 janvier 2005, pourvoi nº 03-30.355, *Bull.* 2005, II, nº 11).

2. Les sommes et avantages versés au travailleur en contrepartie ou à l'occasion du travail

Quoique maintes fois remanié, l'article L. 242-1 du code de la sécurité sociale donne une large définition de l'assiette des cotisations de sécurité sociale qui comprend «toutes les sommes versées au travailleur en contrepartie ou à l'occasion du travail, notamment les salaires ou gains, les indemnités de congés payés, le montant des retenues pour cotisations ouvrières, les indemnités, primes, gratifications et tous autres avantages en argent, les avantages en nature, ainsi que les sommes perçues directement ou par l'entremise d'un tiers à titre de pourboire».

Par combinaison avec l'article L. 311-2 du même code, sont considérées comme rémunérations au sens de l'article précité, toutes les sommes versées à une personne en contrepartie ou à l'occasion d'un travail effectué dans un lien de subordination. Ainsi, des bourses versées par un groupe d'intérêt économique à des étudiants en doctorat en contrepartie d'un travail effectué dans un lien de subordination constituent des rémunérations soumises à cotisations de sécurité sociale (2e Civ., 12 octobre 2017, pourvoi nº 16-15.663, publié au *Bulletin*). En revanche, les membres élus de conseils départementaux de l'ordre des médecins n'en étant pas les salariés, les indemnités de présence que leur versent ces conseils ne sont pas soumises à cotisations sociales (2e Civ., 15 septembre 2016, pourvoi nº 15-22.375, *Bull.* 2016, II, nº 204).

Il importe peu, pour l'application de l'article L. 242-1 du code de la sécurité sociale que les sommes et avantages soient perçus par l'intermédiaire d'un tiers (2e Civ., 16 juin 2016, pourvoi n° 15-18.079, *Bull.* 2016, II, n° 158).

L'article L. 242-1 du code de la sécurité sociale ne permet pas à lui seul de régler tous les problèmes relatifs à la notion de rémunération soumise à cotisations. La jurisprudence tend à le compléter en donnant de l'assiette des cotisations une définition très large dès lors que, le principe étant l'assujettissement, l'exonération ne peut qu'être l'exception. À cet égard, la Cour de cassation a récemment rappelé qu'une circulaire étant dépourvue de portée normative, elle ne saurait constituer le fondement d'une exception au principe d'assujettissement d'avantages en nature (2e Civ., 30 mars 2017, pourvoi n° 15-25.453, *Bull.* 2017, II, n° 67). L'assiette des cotisations inclut tous les avantages en nature et en espèces versés en contrepartie ou à l'occasion du travail ou de l'emploi occupé, dès lors qu'il n'est pas établi que ces avantages soient versés en remboursement de frais exposés par le salarié ou la personne assimilée pour l'exercice de sa profession. Pour ne citer que quelques exemples, on retiendra que la Cour de cassation a affirmé que constituait un tel avantage en nature ou en espèces soumis à cotisations la prise en charge, par l'employeur, des amendes réprimant une contravention au code de la route, commise par un salarié de l'entreprise (2e Civ., 9 mars 2017, pourvoi n° 15-27.538, *Bull.* 2017, II, n° 48), la fourniture, aux salariés d'une société de télévision privée, d'un décodeur et d'un abonnement à cette chaîne sauf s'ils correspondent à une charge inhérente à la fonction exercée dans la société (2e Civ., 8 octobre 2009, pourvoi n° 08-20.707, *Bull.* 2009, II, n° 241), ou encore le bénéfice, offert à tous les salariés d'une entreprise de presse, du service à domicile d'un abonnement gratuit au quotidien édité par elle (2e Civ., 11 septembre 2008, pourvoi n° 07-18.792, *Bull.* 2008, II, n° 194). Par ailleurs, les sommes versées au travailleur en contrepartie ou à l'occasion du travail, entrant dans l'assiette de cotisations, ne se limitent pas au seul salaire de base.

Il est également intéressant de souligner l'abondante jurisprudence à laquelle a donné lieu le versement d'indemnités au salarié au moment de la rupture de son contrat de travail. L'article L. 242-1 du code de la sécurité sociale précité renvoyant à l'article 80 *duodecies* du code général des impôts, toutes les sommes versées au salarié à l'occasion de la rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur sont soumises aux cotisations de sécurité sociale, dans les limites établies par le second de ces textes qui exclut du champ d'application des revenus soumis à l'impôt les indemnités dues pour non-respect par l'employeur de la procédure de licenciement, pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ainsi que l'indemnité allouée en cas de non-respect de la procédure prévue en cas de licenciement collectif pour motif économique.

Ainsi, les indemnités versées à l'occasion de la rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur entrent dans l'assiette des cotisations de sécurité sociale dès lors qu'elles présentent la nature de sommes imposables en application de l'article 80 *duodecies* du code général des impôts précité, peu important leur assujettissement effectif à l'impôt sur le revenu (2e Civ., 6 juillet 2017, pourvoi n° 16-19.607, publié au *Bulletin*), sauf, toutefois, si ces indemnités sont représentatives de dommages-intérêts versées par l'employeur, auquel cas, elles en sont exclues (Soc., 10 mars 1971, pourvoi n° 69-13.791, *Bull.* 1971, V, n° 195).

Il appartient au juge, saisi d'un différend relatif à l'assujettissement de tout ou partie des sommes versées à titre d'indemnité transactionnelle forfaitaire, de rechercher si cette

indemnité comprend des éléments de rémunérations soumis à cotisations dans les conditions prévues par l'article L. 242-1 du code de la sécurité sociale précité. Cependant, c'est à l'employeur d'établir que les indemnités litigieuses concourent, pour tout ou partie de leur montant, à l'indemnisation d'un préjudice (2e Civ., 15 mars 2018, pourvoi nº 17-11.336, publié au *Bulletin*).

3. La notion d'accident du travail

Selon l'article L. 411-1 du code de la sécurité sociale, est considéré comme accident du travail, l'accident qui survient « par le fait ou à l'occasion du travail ».

La qualification de l'accident de travail a donné lieu à une abondante jurisprudence dans le sens d'une extension de sa définition. La Cour de cassation a longtemps considéré que l'accident du travail était légalement caractérisé par l'action violente et soudaine d'une cause extérieure provoquant, au cours du travail, une lésion de l'organisme humain (Soc., 16 mai 1961, pourvoi nº 60-12.270, *Bull.* 1961, IV, nº 531). Elle a adopté ensuite une définition plus souple, abandonnant progressivement les critères de violence et d'extériorité au profit du critère de soudaineté en affirmant que constitue un accident du travail tout fait précis survenu soudainement au cours ou à l'occasion du travail et qui est à l'origine d'une lésion corporelle (Soc., 24 avril 1969, pourvoi nº 68-10.090, *Bull.* 1969, V, nº 262).

Puis, sans remettre en cause le critère de soudaineté, elle a considéré que pouvait recevoir la qualification d'accident du travail un événement ou une série d'événements survenus à des dates certaines par le fait ou à l'occasion du travail, dont il est résulté une lésion corporelle quelle que soit la date d'apparition de celle-ci (Soc., 2 avril 2003, pourvoi nº 00-21.768, *Bull.* 2003, V, nº 132). Le critère décisif d'une lésion corporelle n'est plus exigé puisque la Cour de cassation admet désormais la qualification d'accident du travail en cas de lésion psychologique (2e Civ., 15 juin 2004, pourvoi nº 02-31.194, *Bull.* 2004, II, nº 298).

En application de l'article L. 411-1 du code de la sécurité sociale précité, est présumé constituer un accident du travail l'accident survenu aux temps et lieu de travail. La Cour de cassation a étendu cette présomption d'imputabilité aux accidents de mission en affirmant que « le salarié effectuant une mission a droit à la protection prévue par l'article L. 411-1 du code de la sécurité sociale pendant tout le temps de la mission qu'il accomplit pour son employeur, peu important que l'accident survienne à l'occasion d'un acte professionnel ou d'un acte de la vie courante, sauf la possibilité pour l'employeur ou la Caisse de rapporter la preuve que le salarié avait interrompu sa mission pour un motif personnel » (Soc., 19 juillet 2001, pourvois nº 99-21.536 et nº 99-20.603, *Bull.* 2001, V, nº 285 ; 2e Civ., 12 octobre 2017, pourvoi nº 16-22.481, publié au *Bulletin*).

4. L'identification du débiteur des cotisations et contributions sociales pour la mise en œuvre des procédures de contrôle

Aux termes de l'article R. 243-59 du code de la sécurité sociale, « Tout contrôle effectué en application de l'article L. 243-7 est précédé […] de l'envoi par l'organisme effectuant le contrôle des cotisations et contributions de sécurité sociale d'un avis de contrôle » adressé à l'employeur ou au travailleur indépendant par lettre recommandée avec accusé de réception, sauf dans le cas où le contrôle est effectué pour rechercher

des infractions aux interdictions mentionnées à l'article L. 8221-1 du code du travail. Lorsque l'entreprise qui fait l'objet du contrôle comporte plusieurs établissements, l'identification du destinataire de l'avis peut soulever des difficultés.

La jurisprudence était bien établie en ce qui concerne la détermination, au sens juridique du terme, du débiteur des cotisations mais demeurait plus circonstancielle en ce qui concernait la détermination de la personne, physique ou morale, ayant, en quelque sorte, la qualité immédiate de cotisant, c'est-à-dire de la personne, physique ou morale, qui assumait dans les faits, à l'égard de l'URSSAF, les droits et obligations liés au calcul et au paiement des cotisations.

Si cette question ne suscite pas, en pratique, de difficultés dans les entreprises à structure simple, les qualités de débiteur et de cotisant se confondant alors, il n'en va pas de même dans les entreprises à structure plus complexe, soit que l'organisation de l'entreprise repose sur une forte décentralisation de la gestion, soit qu'elle conduise à charger tel établissement de la paie et des opérations qui s'y rattachent.

Devant répondre à la question de savoir si l'avis de contrôle prévu par l'article R. 453-59, alinéa 1, du code de la sécurité sociale précité devait être adressé par l'organisme de recouvrement au siège de l'entreprise ou à chaque établissement contrôlé, la Cour de cassation a affirmé que seule la qualité d'employeur déterminait l'identification du débiteur des cotisations de sécurité sociale. Il en découle que les opérations de contrôle sont régulièrement engagées, accomplies et menées à terme lorsque l'organisme de recouvrement s'est adressé à la personne, physique ou morale, qui, accomplissant les obligations afférentes au paiement des cotisations et contributions qui découlent de la qualité d'employeur, devait, en définitive, être tenue pour tel, à charge pour le juge du fond de rechercher, en cas de contestation, les éléments de nature à conduire à une telle qualification (2e Civ., 6 novembre 2014, pourvoi nº 13-23.895, *Bull.* 2014, II, nº 218; 2e Civ., 9 juillet 2015, pourvoi nº 14-22.257, *Bull.* 2015, II, nº 186; 2e Civ., 11 février 2016, pourvoi nº 15-10.487, *Bull.* 2016, II, nº 42 ; 2e Civ, 9 mars 2017, pourvoi nº 16-12.133, *Bull.* 2017, II, nº 47).

§ II. L'adaptation des textes au contexte économique, social et technique

Adapter les textes ne se limite pas à ajuster leur contenu aux circonstances; la Cour de cassation veille à leur adéquation au contexte économique, social et technique. Le contentieux de l'amiante (A), les dommages causés à l'environnement (B), la cybercriminalité (C) et les dommages subis pendant le travail (D) en fournissent des exemples topiques.

A. Le contentieux de l'amiante

Le développement du scandale de l'amiante a suscité une redéfinition de la faute inexcusable en 2002.

Lorsqu'il a prévu la majoration de la rente du salarié victime d'un accident du travail « dû à la faute inexcusable du patron », le législateur de 1898 ne pouvait imaginer la définition que la jurisprudence actuelle donnerait à cette notion. Le système d'indemnisation des risques professionnels trouve en effet son origine dans la loi du 9 avril 1898 concernant les responsabilités dans les accidents du travail, compromis opéré par les

pouvoirs publics entre les intérêts opposés des employeurs et des salariés, les premiers admettant de voir leur responsabilité engagée du seul fait de la survenue d'un accident au temps et au lieu de travail, en contrepartie de l'allocation d'une réparation seulement forfaitaire au salarié victime ou à ses ayants droit, limitée à la couverture des frais médicaux, et à l'indemnisation de la perte de la capacité de gains par l'attribution d'une rente, fixée en fonction du salaire antérieur, et « égale à la moitié de la réduction que l'accident aurait fait subir au salaire » sauf en cas d'incapacité permanente et absolue, la rente étant alors égale aux deux tiers du salaire (article 3).

L'article 20 de ce texte instaurait déjà la possibilité d'une modulation de l'indemnisation accordée, le tribunal saisi de la demande d'indemnisation pouvant « diminuer la pension […] s'il est prouvé que l'accident est dû à une faute inexcusable de l'ouvrier », l'alinéa 3 de ce texte prévoyant en revanche que « lorsqu'il est prouvé que l'accident est dû à la faute inexcusable du patron ou de ceux qu'il s'est substitué dans la direction, l'indemnité pourra être majorée, mais sans que la rente viagère ou le total des rentes allouées puisse dépasser soit la réduction, soit le montant du salaire annuel ». Ainsi, dès 1898, le salarié victime avait-il intérêt à démontrer que son accident trouvait sa source dans une faute inexcusable de l'employeur.

Le législateur a par la suite amélioré cette prise en charge, tout d'abord en étendant le champ de la loi de 1898, qui ne concernait que les salariés de l'industrie, à de nouvelles catégories de salariés, puis en l'étendant aux maladies professionnelles par l'effet de la loi du 25 octobre 1919, instituant le système des tableaux de maladies professionnelles.

La couverture des risques afférents aux accidents du travail a été ensuite intégrée dans l'organisation de la sécurité sociale, dont elle constitue désormais l'une des branches, et les caisses primaires d'assurance maladie se sont vu confier la charge de verser aux salariés victimes les indemnités journalières et rentes dues en raison d'un accident ou d'une maladie dont le caractère professionnel était admis, y compris les majorations de rente allouées en raison d'une faute inexcusable de l'employeur.

Enfin, la loi n° 76-1106 du 6 décembre 1976 relative au développement de la prévention des accidents du travail a amélioré le sort des salariés victimes sur plusieurs points, notamment en instaurant, en cas de faute inexcusable de l'employeur, l'indemnisation de certains chefs de préjudices énumérés par ce texte, versée directement aux bénéficiaires par la caisse. Ces dispositions sont désormais reprises dans le livre IV du code de la sécurité sociale, relatif aux accidents du travail et aux maladies professionnelles, qui a conservé le principe d'une réparation automatique et forfaitaire.

Le salarié bénéficie d'une présomption d'imputabilité au travail pour tout accident survenu au temps et au lieu de travail et toute maladie figurant dans un tableau de maladie professionnelle mais n'a, en contrepartie, droit qu'à une indemnisation forfaitaire, assurée directement par les caisses primaires d'assurance maladie, et se voit interdire toute action de droit commun à l'encontre de son employeur, sauf en cas de faute intentionnelle. Son sort est cependant amélioré en cas de faute inexcusable de l'employeur, puisque, en ce cas, il bénéfice d'une rente majorée et de la possibilité, offerte par l'article L. 452-3 du code de la sécurité sociale, d'obtenir l'indemnisation de certains chefs de préjudices complémentaires tout comme l'indemnisation du préjudice moral des ayants droits, en cas de décès de la victime.

Si le législateur de 1898 avait laissé le soin aux juges d'apprécier le caractère inexcusable de la faute, tant du salarié victime que de son employeur, sans en fixer une définition, l'on conçoit que, compte tenu des progrès que constituait alors ce texte, la faute inexcusable de l'employeur devait s'entendre, selon le sens commun donné à ce terme, comme d'une gravité exceptionnelle.

Une première définition de la faute inexcusable a été donnée par un arrêt des chambres réunies du 15 juillet 1941, dit « Villa », qui énonce que « la faute inexcusable retenue par l'article 20, paragraphe 3, de la loi du 9 avril 1898, doit s'entendre d'une faute d'une gravité exceptionnelle, dérivant d'un acte ou d'une omission volontaire, de la conscience du danger que devait en avoir son auteur, de l'absence de toute cause justificative et se distinguant [de la faute intentionnelle] par le défaut d'un élément intentionnel » (Ch. réunies, 15 juillet 1941, *Bull.* 1941, n° 183).

C'est dans le droit fil de cette décision que la Cour de cassation exigeait que la faute de l'employeur soit la cause déterminante de l'accident (par exemple, Soc., 22 octobre 1981, pourvoi n° 80-13.709, *Bull.* 1981, V, n° 821 ; Soc., 5 février 1998, pourvoi n° 96-10.396, *Bull.* 1998, V, n° 69) et cassait tout arrêt reconnaissant l'existence d'une faute inexcusable de l'employeur alors qu'il pouvait être reproché au salarié une imprudence dans l'exécution de sa tâche (Soc., 23 novembre 1977, pourvoi n° 76-14.320, *Bull.* 1977, V, n° 643, à propos d'un salarié tombé d'une hauteur de 2,50 mètres alors qu'il n'avait pas utilisé les éléments d'échafaudage mis à sa disposition ; Soc., 27 avril 1978, pourvoi n° 77-11.687, *Bull.* 1978, V, n° 301, à propos d'un salarié ayant appuyé involontairement sur le bouton de mise en marche d'un broyeur sans avoir coupé au préalable le circuit d'alimentation), ou que la faute de l'employeur venait en concurrence de la faute d'un tiers (Soc., 16 janvier 1985, pourvoi n° 83-15.254, *Bull.* 1985, V, n° 28, à propos d'un convoyeur grièvement blessé lors d'un transport de fonds par un agresseur dont l'intervention a été jugée décisive, même si l'employeur n'avait pas respecté les règles de sécurité contenues dans un accord professionnel). De même, la majoration de rente accordée à la victime, en cas de faute inexcusable de l'employeur, n'était pas automatiquement portée à son maximum, mais modulée en fonction des fautes respectives de l'employeur et du salarié (Soc., 6 juillet 1983, pourvoi n° 82-13.413, *Bull.* 1983, V, n° 414) ou d'un tiers (Soc., 3 novembre 1988, pourvoi n° 87-12.499, *Bull.* 1988, V, n° 557).

Dès lors, et quels qu'en soient ses avantages, le régime d'indemnisation des accidents du travail et des maladies professionnelles a souffert de plus en plus de la comparaison avec le régime de responsabilité de droit commun, assurant une indemnisation intégrale, sans perte ni profit. Rappelons qu'aujourd'hui encore, en l'absence de démonstration d'une faute inexcusable de l'employeur, la réparation allouée en matière d'accident du travail se limite essentiellement à la prise en charge des frais médicaux, à des indemnités journalières dont le calcul est amélioré par rapport à celles de droit commun et à l'attribution une rente forfaitaire « égale au salaire annuel multiplié par le taux d'incapacité préalablement réduit de moitié pour la partie de ce taux qui ne dépasse pas 50 % et augmenté de la moitié pour la partie qui excède 50 % » (article R. 434-2 du code de la sécurité sociale), et l'article L. 451-1 du même code prévoit que le salarié ne dispose d'aucune autre action contre l'employeur, ne lui permettant pas, par exemple, de rechercher sa responsabilité en tant que gardien de la chose impliquée dans son accident.

C'est pourquoi « depuis quelques années, la jurisprudence, consciente sans doute de la disparité croissante entre le régime de réparation des accidents du travail, même

amélioré par la loi du 6 décembre 1976, […] et le régime de réparation de droit commun, lui-même constamment amélioré […] admettait de plus en plus fréquemment l'existence d'une faute inexcusable de l'employeur. Les juridictions, et la Cour de cassation elle-même, répétaient inlassablement la définition rappelée ci-dessus, tout en déclarant inexcusables des fautes dont l'exceptionnelle gravité n'était pas immédiatement apparente » (P. Ollier, « La responsabilité de l'employeur en matière d'accident du travail et de maladies professionnelles » *in Rapport* 2002, p. 109).

C'est l'apparition de cas de plus en plus fréquents de maladies professionnelles liées à l'inhalation des poussières d'amiante qui va mettre en évidence les lacunes de ce système, et conduire la Cour de cassation à adopter une nouvelle définition de la faute inexcusable de l'employeur, ouvrant ainsi plus largement l'accès des salariés victimes à l'indemnisation complémentaire prévue en un tel cas.

L'amiante, présente naturellement dans certains schistes, est une fibre minérale pouvant être transformée par une opération mécanique appropriée pour pouvoir être utilisée industriellement. Si sa formidable résistance à la chaleur et au feu est la plus connue de ses qualités, elle présente en outre une faible conductivité thermique, acoustique et électrique, une résistance aux agressions chimiques et mécaniques, à la traction, à la flexion et à l'usure, de sorte qu'elle va être utilisée de façon de plus en plus intensive à compter du début de l'ère industrielle et que sa consommation atteindra, en France, pour l'année 1975, 150 000 tonnes par an (*Rapport d'information fait au nom de la mission commune sur le bilan et les conséquences de la contamination par l'amiante*, Les rapports du Sénat, 2005).

Mais la finesse des fibres d'amiante, elles-mêmes formées de dizaines ou centaines de fibrilles agglomérées, qui lui confère ses qualités mécaniques, est aussi à l'origine de pathologies sévères. La taille des fibres d'amiante leur permet de pénétrer profondément dans l'organisme humain, et notamment dans l'appareil respiratoire, d'où elles ne peuvent être éliminées, causant une inflammation à l'origine de plusieurs maladies, dont certaines cancéreuses, telle le mésothéliome, tumeur maligne affectant les surfaces mésothéliales, et en particulier la plèvre.

La dangerosité de ce matériau est connue de longue date. Le premier cas de fibrose pulmonaire chez un ouvrier d'une filature d'amiante a été décrit par un médecin anglais en 1899, et, en France, Denis Auribault, inspecteur du travail, a rédigé dès 1906 un rapport sur la surmortalité des ouvriers d'une usine de textile de Condé-sur-Noireau utilisant l'amiante. De même, le tableau n° 30, relatif aux maladies liées à l'inhalation de poussières d'amiante a été créé par un décret du 3 octobre 1951, qui ne prenait alors toutefois en charge que l'asbestose et ses complications cardiaques. Ces affections n'apparaissent toutefois que de très nombreuses années après l'exposition, ce qui explique que le risque causé par l'amiante va être longtemps sous-estimé.

Compte tenu de ce temps de latence, pouvant aller jusqu'à quarante années, et de l'utilisation massive des matériaux à base d'amiante au cours des décennies précédentes, c'est au cours des années 1990 que la France a connu une dramatique expansion des cas de maladies professionnelles liées à l'amiante, affectant notamment, et de manière sérielle, les salariés d'usines fabriquant ou utilisant des produits à base d'amiante. Face à la multiplication de ces pathologies, à l'émoi causé auprès du public par le sort des salariés malades, qui a notamment mis en évidence la précarité du sort réservé aux victimes par la législation professionnelle, il était désormais impossible de continuer

à exiger de leur part, pour leur accorder réparation, la démonstration de ce que leur employeur avait commis une faute d'une gravité exceptionnelle.

C'est dans ce contexte que la chambre sociale de la Cour de cassation a rendu le 28 février 2002, vingt-trois arrêts, dont sept publiés, relatifs au contentieux de la contamination de salariés par l'amiante.

Outre de nombreux autres points soulevés par les pourvois, les arrêts publiés, qui, sur cette question, sont tous de rejet, tranchent essentiellement la question du caractère inexcusable de la faute de l'employeur par un chapeau intérieur énonçant que « en vertu du contrat de travail le liant à son salarié, l'employeur est tenu envers celui-ci d'une obligation de sécurité de résultat, notamment en ce qui concerne les maladies professionnelles contractées par ce salarié du fait des produits fabriqués ou utilisés par l'entreprise ; que le manquement à cette obligation a le caractère d'une faute inexcusable, au sens de l'article L. 452-1 du code de la sécurité sociale, lorsque l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié, et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver » (Soc., 28 février 2002, pourvoi n° 00-10.051, *Bull.* 2002, V, n° 81, *Rapport* 2002, p. 391).

Si ces arrêts de rejet approuvent ainsi les cours d'appel ayant retenu, ou rejeté, l'existence d'une faute inexcusable de l'employeur, par des motivations propres à chacune, ce chapeau intérieur définit d'une manière totalement nouvelle cette faute, qui est caractérisée aux seules conditions de la conscience du danger qu'avait, ou aurait dû avoir l'employeur, et de l'absence des mesures nécessaires à l'éviter. C'est ainsi que sont rejetés les moyens des employeurs faisant valoir que les prélèvements de poussières d'amiante avaient fait apparaître que la société respectait les seuils autorisés, ou que l'existence du tableau n° 30 des maladies professionnelles démontrait que l'utilisation de ce matériau n'était pas interdite.

La chambre sociale a entendu assurer la portée la plus large à ce revirement : en particulier, six de ces arrêts ont été rendus en formation plénière de chambre et ont été commentés par le rapporteur au *Rapport* de l'année 2002 (P. Ollier, article préc.).

Cette nouvelle définition de la faute inexcusable a été rapidement étendue aux accidents du travail (Soc., 11 avril 2002, pourvoi n° 00-16.535, *Bull.* 2002, V, n° 127, *Rapport* 2002, p. 395) et la chambre sociale puis la deuxième chambre civile, chargée de ce contentieux depuis avril 2003, ont parfait cette jurisprudence.

En particulier, compte tenu de cette nouvelle définition, il n'est plus exigé que la faute de l'employeur ait été la cause déterminante de l'accident, il suffit qu'elle en soit une cause nécessaire, peu important que d'autres fautes, du salarié ou d'un tiers, aient concouru à la réalisation du dommage (par exemple Soc., 31 octobre 2002, pourvoi n° 00-18.359, *Bull.* 2002, V, n° 336 ; pour un exemple récent, voir 2e Civ., 16 février 2012, pourvoi n° 11-12.143, *Bull.* 2012, II, n° 28, qui exige seulement que la faute de l'employeur soit en lien de causalité avec le dommage).

La faute inexcusable du salarié entraîne désormais simplement une réduction de la majoration de la rente, qui, en l'absence d'une telle faute doit toujours être portée à son maximum, c'est-à-dire calculée à partir du taux réel d'incapacité du salarié victime (Soc., 6 février 2003, pourvoi n° 01-20.004, *Bull.* 2003, V, n° 48), et ce même si elle est en concours avec la faute d'un tiers (2e Civ., 2 novembre 2004, pourvoi 03-30.206, *Bull.* 2004, II, n° 478). Enfin, cette faute inexcusable du salarié doit s'entendre d'une

faute volontaire d'une extrême gravité, exposant sans raison valable son auteur à un danger dont il aurait dû avoir conscience (2e Civ., 27 janvier 2004, pourvoi nº 02-30.693, *Bull.* 2004, II, nº 25, Rapport 2004, p. 264), définition reprise par la chambre de celle de la faute inexcusable du piéton en matière d'accident de circulation.

Cette jurisprudence a été maintenue par un arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation qui a repris, dans la même décision, la définition de la faute inexcusable de l'employeur, caractérisée simplement par la conscience du danger et l'absence de mesures nécessaires, et celle du salarié qui ne saurait être constituée qu'en cas de faute d'une gravité exceptionnelle, démontrant ainsi la volonté de la haute juridiction de tenir compte de la différence de prérogatives et de responsabilité qu'induit le contrat de travail entre l'employeur, investi du pouvoir de direction et de contrôle, et son salarié (Ass. plén., 24 juin 2005, pourvoi nº 03-30.038, *Bull.* 2005, Ass. plén., nº 7, *Rapport* 2005, p. 280).

Cette nouvelle définition jurisprudentielle de la faute inexcusable de l'employeur, toujours en vigueur à ce jour, a ainsi permis, tout en gardant inchangés les textes organisant ce régime dérogatoire de responsabilité, une amélioration notable du sort des salariés victimes.

B. Les dommages à l'environnement

L'arrêt dit « Erika » avait ouvert, par un rejet motivé prudemment, la voie à la réparation du préjudice écologique devant les juridictions répressives pour des dommages à l'environnement, sans s'arrêter aux termes éventuellement restrictifs des conventions internationales (Crim. 25 septembre 2012, pourvoi nº 10-82.938, *Bull. crim.* 2012, nº 198, *Étude* 2017 de la Cour de cassation, « Le juge et la mondialisation », 2016, p. 213).

Si l'article L. 162-1 du code de l'environnement, en admettant qu'il fût applicable à la réparation de la pollution de l'Erika, évoquait sommairement les dommages causés à l'environnement – définis à l'article L. 161-1 du même code – et les dommages causés aux espèces et habitats, et les articles L. 162-6 et suivants organisaient un dispositif administratif de réparation, cet ensemble de textes ne permettait pas à la chambre criminelle d'assurer l'application du principe de réparation intégrale qu'elle tire de l'article 1382 (devenu l'article 1240) du code civil.

Le législateur n'a pas été en mesure de consacrer cette avancée jurisprudentielle dans la loi aussi rapidement que l'attendaient les associations et administrations spécialisées susceptibles d'agir en justice. Ce n'est donc qu'avec l'introduction d'une disposition de la loi nº 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, dite « biodiversité », dans le code civil lui-même (articles 1246 à 1252) que la Cour de cassation sera déchargée d'un rôle de découvreur d'un droit qui, pour prendre ses racines dans les codes, n'y développe pas toutes ses potentialités et laisse au juge une fonction dynamique.

Entre-temps, la chambre criminelle de la Cour de cassation a, dans le contexte d'une pollution fluviale et maritime d'origine tellurique survenue à partir d'une raffinerie installée à Donges, et de l'altération notable de l'avifaune et de son habitat, pendant deux ans, du fait de la pollution de l'estuaire de la Loire, pu donner trois sortes de précisions, dont il n'est pas interdit de penser qu'elles ont inspiré la loi nouvelle, et qui en tout cas vont permettre d'éclairer préventivement l'application de cette dernière (Crim.,

22 mars 2016, pourvoi nº 13-87.650, *Bull. crim.* 2016, nº 87 ; *D.* 2016, p. 1236, note A.-S. Epstein ; *JCP* 2016, éd. G, Act. 398, note N. Catelan ; *Dr. Pénal* 2016, comm. 82, note J.-H. Robert).

En premier lieu, la chambre criminelle n'adopte pas, en l'état, la nuance introduite par certains auteurs entre préjudice écologique – terminologie désormais reprise dans le code civil – et dommages causés à l'environnement – ces mots étant ceux du code de l'environnement. La volonté de simplifier la tâche des autorités judiciaires du droit de l'environnement, des agents verbalisateurs et procureurs jusqu'aux juges, qui n'évoluent pas toujours dans un contexte relationnel fluide et consensuel, n'a pas été étrangère à cette prise de position de la Cour de cassation.

En deuxième lieu, l'arrêt procède à une analyse de la qualité pour agir devant le juge pénal en réparation d'un préjudice qui n'est ni direct – ce qu'autorisait déjà l'interprétation donnée par la chambre des articles 2 et suivants du code de procédure pénale en la matière – ni surtout personnel, dont il a été fait observer qu'elle n'était pas nécessairement identique à l'analyse du juge administratif (voir note R. Mésa, *Dr. envir.*, 2016, nº 446, p. 226). La précision est importante car l'arrêt rendu en 2012 dans l'affaire dite « de l'Erika » n'avait pas permis à la chambre de donner davantage d'indications : la seule partie civile qui était critiquée en sa constitution n'était purement et simplement pas recevable à agir en matière de pollution maritime.

En troisième et dernier lieu, et c'est sans doute l'élément le plus créatif de l'arrêt dit « Raffinerie de Donges », les deux visas généraux (hors ceux du code de l'environnement) de la cassation sont celui du principe de réparation intégrale et celui de l'exigence de réponse aux conclusions des parties.

La chambre criminelle de la Cour de cassation en tire deux règles nouvelles, que le législateur dans les mois qui ont suivi a conservées intactes.

D'une part, la piste est ouverte à « l'expertise écologique » d'un nouveau type, dont la pratique judiciaire aura à déterminer le contenu autour des trois chefs d'indemnisation qu'a repris la loi « biodiversité » : les éléments endommagés (espaces tels que l'eau, l'air, les sols et sous-sols ; espèces, animales et végétales, protégées ou pas), les fonctions des écosystèmes (place dans les enchaînements biologiques), les bénéfices collectifs tirés par l'homme de son environnement avant la dégradation de ce dernier, le tout sans préjudice des longues énonciations plus techniques mais non contraires de l'article L. 161-1, I, du code de l'environnement, remanié par la même loi « biodiversité ».

D'autre part, est implicitement consacré le droit des associations parties civiles d'utiliser elles-mêmes les fonds puisqu'ils leur sont alloués en réparation du préjudice écologique, alors que la majorité des opinions s'orientait vers un privilège des personnes publiques qui auraient agi par elles-mêmes ou auraient délégué la mission judiciairement prescrite à des prestataires de leur choix.

C. La cybercriminalité

Des problèmes souvent compliqués surgissent lorsqu'il s'agit d'appliquer à des pratiques nouvelles, souvent induites par des évolutions techniques, un ou plusieurs textes, pensés et rédigés avant qu'elles ne soient apparues. Il appartient alors au juge d'appliquer à des faits, infiniment diversifiés et mouvants, une règle de droit, nécessairement

synthétique et relativement stable, sans pour autant méconnaître le principe de légalité ni procéder, par voie d'analogie, à une interprétation extensive des textes répressifs.

On ne reviendra pas sur la vieille question du vol d'énergie, maintenant résolue par l'article 311-2 du code pénal, mais on citera deux autres exemples.

La disparition des poinçonneurs du métro et l'apparition de coupons magnétiques nominatifs, à introduire dans un appareil automatique, a donné l'occasion d'affirmer que le simple fait d'utiliser un tel coupon, appartenant à autrui, sans acquitter le prix du transport, ne constituait pas une escroquerie mais une simple contravention de voyage sans titre de transport valable (Crim., 9 août 1989, pourvoi n° 88-85.554, *Bull. crim.* 1989, n° 305).

En revanche, constitue un vol le fait, pour une personne connaissant à l'avance l'existence d'un système de dérivation installé sur la pompe d'une station-service, d'actionner celle-ci et d'obtenir du carburant sans en payer le prix (Crim., 13 décembre 2017, pourvoi n° 17-80.280), cependant que le même siphonnage, pratiqué par une personne ayant elle-même installé le dispositif permettant de neutraliser les sécurités de l'automate de distribution pourrait plutôt constituer une escroquerie, ce dont la doctrine a longuement débattu. C'est dans ce contexte plus général que s'inscrit la problématique de la cybercriminalité.

La place considérable prise par le réseau internet a de multiples incidences sur l'évolution du droit pénal. Elle a donné lieu, bien sûr, à une très importante créativité législative, dont les infractions en matière de traitement automatisé des données personnelles envisagées sous l'angle des atteintes à la personne humaine, d'une part, et aux biens, d'autre part, ne sont que des illustrations parmi de très nombreuses autres.

Ces textes spéciaux n'épuisent cependant pas la question de la réponse pénale aux infractions suscitées par internet, et spécialement à celles dont internet est le lieu ou le support de la commission. D'abord, parce que les principes constitutionnels, et avant tout le principe d'égalité, limitent la tendance du législateur à traiter différemment les infractions quand elles sont commises sur le réseau (voir, par exemple, Cons. const., 10 mars 2011, décision n° 2011-625 DC, Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, sur la revente de billets par un moyen de communication en ligne ; Cons. const., 10 juin 2004, décision n° 2004-496 DC, Loi pour la confiance dans l'économie numérique, sur le régime spécial de prescription des infractions de presse commises en ligne). Mais ensuite et surtout, parce qu'il incombe au juge de procéder aux adaptations nécessaires afin que les infractions existantes puissent être, quand elles sont commises sur le réseau, sanctionnées comme lorsqu'elles sont commises par des moyens traditionnels, et de participer ainsi à ce qu'un auteur désignait, il y a plus de quinze ans, comme un « véritable débat de société, celui de l'appréhension d'internet par le droit et de ses nécessaires mutations » (E. Dreyer, « Point de départ de la réflexion : la prescription sur internet », *D.* 2001, p. 1833).

Ce travail d'adaptation affecte bien sûr l'appréciation des éléments constitutifs des infractions (1), mais, de façon sans doute encore plus significative, les conditions de leur poursuite (2).

1. Internet et les éléments constitutifs des infractions : l'exemple de l'abus de confiance

L'infraction d'abus de confiance suppose, dans la définition qu'en donne le nouveau code pénal, le détournement de fonds, valeurs ou d'un bien quelconque. Précédemment, l'ancien article 408 exigeait le détournement d'un écrit, et la jurisprudence veillait à ce que ce délit soit cantonné au détournement d'un bien corporel (voir par exemple, Crim., 9 mars 1987, pourvoi nº 84-91.977, *Bull. crim.* 1987, nº 111 ; *JCP* 1988, II, nº 20913, note J. Devèze). C'est donc le législateur qui a ouvert la voie de la dématérialisation.

Restait au juge à franchir expressément le pas. C'est ce qu'a fait la chambre criminelle de la Cour de cassation, en approuvant un arrêt de cour d'appel qui avait condamné pour abus de confiance le responsable d'une société de vente par correspondance qui avait conservé le numéro de la carte de crédit fourni par une cliente en vue du règlement d'une précédente commande et l'avait utilisé pour obtenir un paiement indu, jugeant que « les dispositions de l'article 314-1 du code pénal s'appliquent à un bien quelconque et non pas seulement à un bien corporel » (Crim., 14 novembre 2000, pourvoi nº 99-84.522, *Bull. crim.* 2000, nº 338).

Paradoxalement, ni l'arrêt de la Cour de cassation, ni l'arrêt approuvé (CA Aix-en-Provence, 29 avril 1999, Juris-Data : 1999-042863) ne font état de ce que la commande initiale avait été conclue sur internet. Il n'est nullement certain que cela ait été le cas. Pour autant, comme l'écrit le professeur de Lamy dans sa note sous cet arrêt, pour approuver la solution, « pouvait-on toujours, à l'ère du numérique et des nouveaux moyens de communication, conditionner la répression à la production d'un papier ou même d'une disquette informatique qui ne sont pas en eux-mêmes la valeur à protéger, mais seulement son support ? » (*D.* 2001, p. 1423 note B. de Lamy).

La voie étant ainsi ouverte à une interprétation de l'article 314-1 adaptée à l'évolution technique, la chambre criminelle, élargissant là aussi son appréciation de l'usage abusif du bien confié, a pu approuver une cour d'appel d'avoir condamné un employé qui, pour consulter des sites pornographiques et pour envoyer et recevoir des courriels à caractère sexuel, utilisait l'ordinateur et la connexion internet qui lui avaient été remis pour son usage professionnel (Crim., 19 mai 2004, pourvoi nº 03-83.953, *Bull. crim.* 2004, nº 126).

2. Les modalités de la poursuite des infractions commises sur internet : l'exemple des délits de presse

Le réseau internet, qui permet une diffusion universelle de la libre expression individuelle, a conduit le juge à revisiter nombre des équilibres qu'il avait dégagés sur le fondement de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

a. La prescription

L'adaptation, en la matière, a précisément consisté à… ne rien changer. Pourtant, plusieurs décisions de juges du fond (voir, par exemple, CA Paris, 11e ch., 15 décembre 1999, *JCP* 2000, éd. G, II, nº 10281, note P.-A. Schmidt et V. Facchina ; *D.* 2000, Somm. p. 403, obs. J.-Y. Dupeux) avaient estimé, en rupture avec une jurisprudence bien établie qui, s'agissant des supports matériels, tirant les conséquences du caractère instantané du délit de presse, fixe le point de départ du délai au premier acte de publication (voir

par exemple Crim., 13 octobre 1987, pourvoi n° 86-96.686, *Bull. crim.* 1987, n° 349), que la possibilité de consulter aisément un contenu tant qu'il reste accessible en ligne devait conduire à admettre que la prescription trimestrielle ne commençait à courir que du jour où ce contenu avait été retiré, transformant ainsi l'infraction de presse en une infraction continue.

Mais la Cour de cassation a refusé une telle solution, par trois arrêts successifs rendus en 2001 (Crim., 30 janvier 2001, pourvoi n° 00-83.004, *Bull. crim.* 2001, n° 28, *D.* 2001, p. 1833, note E. Dreyer préc. ; Crim., 16 octobre 2001, pourvoi n° 00-85.728, *Bull. crim.* 2001, n° 210, *JCP* 2002, éd. G, p. 350, note P. Blanchetier ; Crim., 27 novembre 2001, pourvoi n° 01-80.134, *Bull. crim.* 2001, n° 246), dont le dernier énonce expressément que, « lorsque des poursuites pour l'une des infractions prévues par la loi précitée sont engagées à raison de la diffusion sur le réseau internet, d'un message figurant sur un site, le point de départ du délai de prescription de l'action publique prévu par l'article 65 de la loi du 29 juillet 1881 doit être fixé à la date du premier acte de publication ; que cette date est celle à laquelle le message a été mis pour la première fois à la disposition des utilisateurs ».

Quand le législateur a eu la volonté de renverser cette jurisprudence et de fixer le point de départ de la prescription à la cessation de la publication en ligne (y compris en matière de droit de réponse, mais à l'exclusion des contenus identiquement publiés parallèlement sur un support papier), le Conseil constitutionnel ne l'a pas admis et, dans une décision qui, sans exclure le principe d'une différence de traitement, a jugé que celle instituée par ce qui allait devenir la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique « dépasse manifestement ce qui serait nécessaire pour prendre en compte la situation particulière des messages exclusivement disponibles sur un support informatique » (décision n° 2004-496 DC préc.).

b. La compétence territoriale

La jurisprudence séculaire de la Cour de cassation qui juge que « en matière de presse, c'est la publication de l'écrit coupable qui constitue le délit ; que la poursuite peut donc être portée devant tout tribunal dans le ressort duquel l'écrit a été publié » (Crim., 5 janvier 1894, *Bull. crim.* 1894, n° 5), appliquée *ne varietur* à la télévision (Crim. 5 décembre 2000, pourvoi n° 99-85.361), a en revanche été largement adaptée lorsqu'un propos est incriminé en tant qu'il a été mis en ligne sur internet. Dans la logique de cette jurisprudence, la diffusion mondiale par le réseau aurait conduit à une compétence territoriale universelle des juridictions françaises et à une application tout aussi universelle de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, puisqu'en matière pénale, compétence juridictionnelle et loi applicable sont indissociables.

C'est pourquoi, saisie d'une poursuite que rien ne liait au territoire français, la Cour de cassation a jugé « qu'en l'absence de tout critère rattachant au territoire de la République les propos incriminés, la circonstance que ceux-ci, du fait de leur diffusion sur le réseau internet, aient été accessibles depuis ledit territoire ne caractérisait pas, à elle seule, un acte de publication sur ce territoire rendant le juge français compétent pour en connaître » (Crim., 12 juillet 2016, pourvoi n° 15-86.645, *Bull. crim.* 2016, n° 218 ; *D.* 2016, p. 1848, note E. Dreyer).

Dessinant les contours de cette notion de rattachement au territoire de la République, la Cour de cassation a récemment approuvé un arrêt qui a estimé insuffisante à cet égard la notoriété, dans le seul domaine des affaires, alléguée par les parties civiles (Crim., 6 mars 2018, pourvoi n° 16-87.533).

c. La responsabilité du fait des propos mis en ligne sur un forum de discussion

La responsabilité du chef des délits de presse commis sur internet s'exerce, depuis la loi du 21 juin 2004 précitée, dans les conditions prévues par l'article 93-3 de la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle, et incombe donc successivement au directeur de la publication, à l'auteur et au producteur ; ce texte précise, pour tenir compte de la situation particulière des propos tenus en direct à l'antenne d'une station de radio ou d'une chaîne de télévision, que le premier nommé n'est responsable que « lorsque le message incriminé a fait l'objet d'une fixation préalable à sa communication au public ».

Le responsable d'un site internet offrant un forum de discussion peut donc, dans les faits, pour bénéficier de cette disposition qui n'a pas été écrite pour lui, choisir d'échapper à toute responsabilité de plein droit en renonçant à toute modération *a priori* des messages adressés par les internautes. C'est à cette situation paradoxale que la Cour de cassation a tenté de remédier en jugeant que « à défaut de l'auteur du message, le producteur du service [de communication au public par voie électronique] sera poursuivi comme auteur principal, même si ce message n'a pas été fixé préalablement à sa communication au public » (Crim., 16 février 2010, pourvoi n° 08-86.301, *Bull. crim.* 2010, n° 30 et Crim., 16 février 2010, pourvoi n° 09-81.064, *Bull. crim.* 2010, n° 31).

Cependant, consciente que la notion de producteur, claire s'agissant de la communication audiovisuelle, reste assez vague pour un site de communication au public en ligne, et après avoir relevé que, « en matière de communication en ligne, l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 fait peser sur le producteur, et ce à défaut du directeur de la publication et de l'auteur du message, une responsabilité comme auteur principal, sans que soient définis les moyens pour lui de la voir écarter par le juge » et « qu'en outre, le même article réserve un sort différent au directeur de la publication et au producteur », la Cour de cassation a transmis une question prioritaire de constitutionnalité (Crim., 21 juin 2011, QPC n° 11-80.010, *Bull. crim.* 2011, n° 148). Le Conseil constitutionnel a écarté la solution résultant des arrêts de 2010, jugeant l'article 93-3 conforme à la Constitution, sous réserve que ses « dispositions […] ne sauraient, sans instaurer une présomption irréfragable de responsabilité pénale en méconnaissance [de l'article 9 de la Déclaration de 1789], être interprétées comme permettant que le créateur ou l'animateur d'un site de communication au public en ligne mettant à la disposition du public des messages adressés par des internautes, voie sa responsabilité pénale engagée en qualité de producteur à raison du seul contenu d'un message dont il n'avait pas connaissance avant la mise en ligne » (Cons. const., 16 septembre 2011, décision n° 2011-164 QPC).

La Cour de cassation en a tiré les conséquences, dans une des affaires précédemment jugées qui revenait sur renvoi de cassation, jugeant que « la responsabilité pénale du producteur d'un site de communication au public en ligne mettant à la disposition du public des messages adressés par des internautes n'est engagée, à raison du contenu de ces messages, que s'il est établi qu'il en avait connaissance avant leur mise en ligne

ou que, dans le cas contraire, il s'est abstenu d'agir promptement pour les retirer dès le moment où il en a eu connaissance» (Crim., 31 janvier 2012, pourvoi nº 11-80.010, *Bull. crim.* 2012, nº 29).

D. La réparation de dommages subis pendant le travail sur l'article 1384 du code civil

Les codificateurs de 1804 n'avaient envisagé que les animaux (article 1385 ancien du code civil) et les bâtiments en ruine (article 1386 ancien du même code) comme seules choses susceptibles de causer un dommage. L'article 1384 ancien, déjà inséré dans le code, n'avait alors qu'une valeur de transition entre le principe de la responsabilité pour faute des articles 1382 et 1383 et les cas particuliers de responsabilité du fait d'autrui et de certaines choses.

L'industrialisation, le développement du machinisme et les accidents qui en ont découlé, ont mis en évidence la difficulté des victimes à percevoir dans un tel cas une indemnisation si elles ne démontraient pas une faute de leur employeur, propriétaire de la machine à l'origine de leur dommage. La Cour de cassation, répondant à l'insuffisance des textes face à l'évolution technologique et à ses conséquences, a par l'arrêt «Teffaine», aussi appelé «arrêt du remorqueur», du 16 juin 1896, fait application pour la première fois de l'article 1384, alinéa 1, du code civil à la responsabilité du fait des choses. Il s'agissait en l'espèce d'indemniser le décès de M. Teffaine, survenu suite à l'explosion de la chaudière d'un remorqueur à vapeur due à un défaut de soudure et pour laquelle aucune faute ne pouvait être reprochée à l'employeur. À la suite de cet arrêt, le législateur a, par une loi du 9 avril 1898 concernant les responsabilités dans les accidents du travail, aujourd'hui remplacée par la législation sur la sécurité sociale, mis en place un système de responsabilité automatique et forfaitaire à la charge des employeurs pour la réparation des accidents du travail.

Ce fut ensuite le développement de l'automobile et des accidents qu'elle engendra qui donna l'occasion à la Cour de cassation d'adapter une nouvelle fois l'article 1384 du code civil aux évolutions techniques. Par l'arrêt des chambres réunies du 13 février 1930 dit arrêt «Jand'heur», considéré comme l'un des plus importants du xxᵉ siècle, la Cour de cassation a cette fois fait application de l'article 1384, alinéa 1, du code civil aux accidents causés par des automobiles et généralisé son application à toutes les choses, sans distinguer celles actionnées ou non par la main de l'homme ou celles affectées ou non d'un vice inhérent à leur nature. Elle a en outre retenu que la présomption de responsabilité établie par l'article 1384, alinéa 1, du code civil à l'encontre de celui qui a sous sa garde la chose inanimée qui a causé un dommage à autrui ne pouvait être détruite que par la preuve d'un cas fortuit ou de force majeure ou d'une cause étrangère qui ne lui soit pas imputable et qu'il ne suffisait pas de prouver qu'il n'avait commis aucune faute ou que la cause du fait dommageable était demeurée inconnue.

En matière d'accident de la circulation, la Cour de cassation, soucieuse de venir en aide aux victimes d'accident de la circulation et d'inciter le législateur à intervenir pour faciliter l'indemnisation de leurs préjudices, a, par un arrêt du 21 juillet 1982 dit «Desmares» (2ᵉ Civ., 21 juillet 1982, pourvoi nº 81-12.850, *Bull.* 1982, II, nº 111), écarté tout effet exonératoire partiel de la faute de la victime, énonçant que «seul un événement constituant un cas de force majeure exonère le gardien de la chose instrument du dommage de la responsabilité par lui encourue par application de l'article 1384,

alinéa 1, du code civil ». À la suite de cet arrêt, le législateur a institué par la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation un régime spécial d'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation.

Le champ d'application de l'article 1384 du code civil s'est trouvé largement réduit à la suite des différentes interventions du législateur pour créer des régimes particuliers dérogatoires du droit commun parmi lesquels la loi du 5 juillet 1985 précitée ou la loi n° 98-389 du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux transposant la directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985.

La Cour de cassation est cependant toujours amenée à utiliser l'article 1384 du code civil dans les domaines dans lesquels il n'existe pas de législation particulière. Ainsi, les dommages causés par des éléments d'équipement étrangers à la fonction de déplacement d'un véhicule, lorsque ceux-ci sont seuls en cause et en activité de travail, alors que le véhicule est en stationnement et immobile peuvent être réparés sur le fondement de l'article 1384 du code civil puisqu'il a été jugé que de tels accidents ne pouvaient être qualifiés d'accident de la circulation (2e Civ., 8 mars 2001, pourvoi n° 98-17.678, *Bull.* 2001, II, n° 42, pour un auvent d'un commerce installé dans une remorque, et 2e Civ., 8 mars 2001, pourvoi n° 99-13.525, *Bull.* 2001, II, n° 43, pour les vérins de levage d'une benne ; 2e Civ., 19 octobre 2006, pourvoi n° 05-14.338, *Bull.* 2006, II, n° 275, pour la pompe d'un camion-citerne servant au transvasement du gaz liquide ; 2e Civ., 18 mai 2017, pourvoi n° 16-18.421, publié au *Bulletin*, dans le cas d'un accident causé par un chariot élévateur alors utilisé dans sa fonction de soulèvement de charge).

La réparation des dommages subis pendant le travail est également assurée par les dispositions de l'alinéa 5 de l'article 1384, qui, pour garantir l'indemnisation de la victime, prévoit que les commettants sont responsables du dommage causé par leurs préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés. L'assemblée plénière de la Cour de cassation a, par un arrêt du 19 mai 1988, retenu que le commettant ne pouvait s'exonérer de la responsabilité qui lui incombe au titre de l'article 1384 du code civil qu'à la triple condition que son préposé ait agi en dehors de ses fonctions, sans autorisation et à des fins étrangères à ses attributions (Ass. Plén., 19 mai 1988, pourvoi n° 87-82.654, *Bull.* 1988, Ass. Plén. n° 5). Ces critères sont régulièrement repris dans des arrêts publiés (2e Civ., 12 mai 2011, pourvoi n° 10-20.590, *ll.* 2011, II, n° 110 ; Crim., 28 mai 2013, pourvoi n° 11-88.009, *Bull. crim.* 2013, n° 119 ; 2e Civ., 3 juin 2004, pourvoi n° 03-10.819, *Bull.* 2004, II, n° 275) qui retiennent de manière très restrictive l'abus de fonction de nature à exonérer le commettant, la Cour de cassation ayant jugé à plusieurs reprises que le simple fait d'avoir commis le fait dommageable pendant les fonctions suffisait à exclure l'abus de fonctions (2e Civ., 17 mars 2011, pourvoi n° 10-14.468, *Bull.* 2011, II, n° 69 ; 2e Civ., 16 juin 2005, pourvoi n° 03-19.705, *Bull.* 2005, II, n° 158 ; 2e Civ., 19 juin 2003, pourvoi n° 00-22.626, *Bull.* 2003, II, n° 202).

Ces quelques exemples montrent comment la Cour de cassation a pu, à partir des dispositions de l'article 1384 du code civil, assurer une adaptation de la législation aux évolutions technologiques et aux besoins d'indemnisation qu'elles engendraient, soit en incitant le législateur à légiférer soit en adaptant elle-même les règles de l'article 1384 dans le but d'assurer une meilleure indemnisation des victimes, et notamment des victimes de dommages subis pendant le travail.

TITRE 2. LE PERFECTIONNEMENT DE LA NORME

Idéalement, la norme est claire, accessible, prévisible et répond de façon adaptée et mesurée à un besoin social. Cependant, divers phénomènes, l'inflation normative n'étant pas le moindre, affectent négativement sa qualité. Les erreurs de syntaxe sont regrettables (voit l'article 370-3, alinéa 1, du code civil), mais nuisent rarement à la compréhension et à l'application de la loi. Les déficiences techniques (des notions mal définies, un domaine d'application aléatoire, un énoncé trop rigide, des sanctions insuffisamment déterminées), en revanche, affaiblissent la norme.

Elles contraignent alors la Cour de cassation à la parfaire (chapitre 1) ou à préciser sa portée (chapitre 2).

Chapitre 1. L'amélioration du contenu

La jurisprudence œuvre à l'amélioration du contenu de la norme lorsqu'elle procède à une interprétation constructive des textes soit pour en pallier des lacunes, soit pour en restaurer le sens en respectant leur esprit (section 1). Cette amélioration est le fruit d'un travail continu si bien qu'elle est évolutive. Les revirements de jurisprudence qui s'imposent alors mettent à l'épreuve le rôle normatif de la Cour de cassation (section 2).

Section 1. Les compléments

Les compléments apportés aux textes par la Cour de cassation se traduisent très exceptionnellement, mais de façon particulièrement remarquable, par un travail de correction des erreurs qu'ils comportent lorsqu'elles conduisent à des résultats absurdes ou contradictoires (§ I) et, beaucoup plus fréquemment, par un travail de précision sur leur domaine, leurs conditions d'application et leur régime (§ II).

§ I. Correction des erreurs

S'il n'appartient pas juge de redresser les erreurs de syntaxe, dans certains cas – extrêmes et rares il est vrai –, il lui a fallu, pour éviter de rendre une décision absurde, restituer au texte applicable son véritable sens, malencontreusement contredit par une rédaction défectueuse conduisant à trahir l'intention évidente de son auteur.

Un exemple classique en est donné par le décret du 11 novembre 1917, sur la police, la sûreté et l'exploitation des voies ferrées, dont l'article 78, dans sa rédaction initiale, interdisait aux voyageurs de monter ou descendre du train lorsque celui-ci était complètement arrêté !

La chambre criminelle s'est reconnu le pouvoir de rectifier, par voie d'interprétation, ce qui pouvait être considéré comme un *lapsus calami* et a rejeté le pourvoi formé contre la décision d'un tribunal ayant « décidé à bon droit que [le texte précité] devait être interprété comme interdisant aux voyageurs de monter dans les voitures ou d'en descendre avant l'arrêt complet du train » (Crim., 8 mars 1930, *D. P.*, 1930, I, p. 101,

note P. Voirin). Le juge ne peut toutefois s'accorder une telle liberté qu'en présence d'une erreur évidente ne laissant place à aucun doute, aussi léger soit-il. Dans l'espèce précitée, un *erratum* publié le 28 novembre 1928, antérieurement à la commission de l'infraction objet des poursuites, bien que doté d'une valeur normative très douteuse, permettait assurément d'orienter le travail du juge, lequel a néanmoins eu la prudence de ne pas s'y référer explicitement.

Dans le même esprit, la première chambre civile a pu juger récemment « si toute recherche de la volonté du législateur par voie d'interprétation est interdite au juge, lorsque le sens de la loi, tel qu'il résulte de sa rédaction, n'est ni obscur ni ambigu, et doit par conséquent être tenu pour certain, il y a exception si l'application du texte aboutit à quelque absurdité » (1re Civ., 11 mai 2017, pourvoi no 16-15.549, publié au *Bulletin*).

§ II. Précisions

En théorie, l'identification puis la lecture du texte législatif ou réglementaire applicable à la question de droit posée devraient suffire à mettre le juge en mesure de remplir son office. Si tel est le modèle idéal qu'a entendu promouvoir le législateur postrévolutionnaire, féru de séparation des pouvoirs, force est cependant de constater que la règle de droit écrit ne constitue pas toujours, pour le juge, un outil de travail immédiatement opérationnel. Il lui appartient alors de préciser le sens juridique de certains mots (A), de distinguer telle notion d'une notion voisine (B) ou encore de donner un sens à des termes que, par bienséance, le législateur s'est abstenu de définir (C).

A. Précisions sur la signification des termes

Le besoin de préciser les termes se manifeste en toute matière mais soulève des difficultés particulières en droit pénal, de fond (1) comme de procédure (2), du fait du principe de légalité et d'interprétation stricte des lois pénales de fond et, plus généralement, de la nécessité d'assurer la plus grande protection aux droits de la défense.

1. En droit pénal matériel

Le plus souvent, l'exercice, par le juge pénal, de son pouvoir d'interprétation conduit à organiser et à clarifier la lecture d'un texte complexe, subdivisé en plusieurs alinéas et envisageant de nombreuses circonstances dont l'articulation peut susciter des interrogations. Ainsi, en matière d'enlèvement ou séquestration avec prise d'otage, la chambre criminelle a dû préciser que la circonstance de libération volontaire avant le septième jour accompli, cruciale puisqu'ayant pour effet de disqualifier certains crimes en délits, s'appliquait à l'ensemble des cas prévus par le premier alinéa de l'article 224-4 du code pénal, ce dont la structure dudit texte avait pu faire douter (Crim., 8 juin 2006, pourvoi no 06-82.326, *Bull. crim.* 2006, no 171 ; *JCP* 2006, éd. G, p. 2179, note P. Conte).

Dans d'autres cas, le juge doit préciser le sens des termes contenus dans un texte d'incrimination, soit pour lui faire produire son plein et entier effet, soit pour en fixer les limites et le distinguer d'avec des notions voisines, car rares sont finalement les mots comportant une seule signification, unanimement admise. Il est banal de rappeler que certains mots ne revêtent pas le même sens dans le langage courant et dans la langue du droit. Ainsi, si le terme de cigarette a été étendu, dans la vie quotidienne, à ce produit de l'innovation technique qu'est la « cigarette électronique », bien que son principe

de fonctionnement soit très différent de celui de la cigarette traditionnelle consommée en Europe depuis le XVII[e] siècle, il a été jugé que cette dernière était seule concernée par l'interdiction de fumer dans l'enceinte d'une gare (Crim., 26 novembre 2014, pourvoi nº 14-81.888).

Il y a là une illustration du principe d'interprétation stricte de la loi pénale (article 111-4 du code pénal), laquelle a conduit, en retour, à l'élaboration de nouveaux textes interdisant, en certains lieux, la pratique du « vapotage » (ordonnance nº 2016-623 du 19 mai 2016 portant transposition de la directive 2014/40/UE sur la fabrication, la présentation et la vente des produits du tabac et des produits connexes ayant introduit, notamment, l'article L. 3513-6 du code de la santé publique ; décret nº 2017-633 du 25 avril 2017 relatif aux conditions d'application de l'interdiction de vapoter dans certains lieux à usage collectif créant, notamment, l'article R. 3515-7 du même code), la consécration, par le droit, de ce néologisme permettant désormais de distinguer, sans risque d'erreur, les dispositions respectivement relatives à l'utilisation des deux types de produits concernés.

De même, il est d'autres mots qui ont un sens différent dans les diverses branches du droit qui l'utilisent. Ainsi, le droit civil définit le domicile d'une personne, classiquement considéré, avec le nom et le sexe, comme l'un des trois éléments de son identification, comme étant le lieu où elle a son principal établissement (article 102 du code civil). L'adoption, par le droit pénal, d'une telle conception du domicile, correspondant nécessairement à un lieu unique, aurait tellement circonscrit le champ d'application du délit de violation de domicile que son intérêt pratique en aurait été considérablement réduit. La chambre criminelle a donc pris le parti de définir le domicile, au sens pénal du terme, comme tout lieu, qu'elle y habite ou non, où la personne a le droit de se dire chez elle, quels que soient le titre juridique de son occupation et l'affectation donnée aux locaux (Crim., 4 janvier 1977, pourvoi nº 76-91.105, *Bull. crim.* 1977, nº 6).

Dans un autre domaine, la notion de « chose d'autrui », élément constitutif du vol, archétype du délit portant atteinte au droit de propriété, tel que défini par l'article 544 du code civil, n'interdit pas la condamnation, de ce chef, du détenteur de biens meubles indivis qui se les approprie ou en dispose à l'insu des autres coïndivisaires (Crim., 12 mai 2015, pourvoi nº 13-87.668, *Bull. crim.* 2015, nº 106), un tel bien appartenant, par définition, à plusieurs personnes, dont aucune ne peut usurper les droits des autres. La solution contraire aurait eu pour effet indésirable de mettre les auteurs de recel successoral à l'abri des foudres de la loi pénale, alors que cette pratique mérite, bien évidemment, d'être sanctionnée.

Ces deux derniers exemples rappellent que l'interprétation stricte des textes d'incrimination n'est pas synonyme de leur interprétation restrictive.

2. En droit pénal procédural

La chambre criminelle de la Cour de cassation a toujours eu à cœur de maintenir un juste équilibre entre, d'une part, la protection des droits de la défense, devenus, au fil de ses multiples décisions rendues en la matière, la pierre angulaire de la procédure pénale et consacrés constitutionnellement et d'autre part, l'efficacité des enquêtes pénales, qui renvoie aux objectifs à valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions.

Ce souci d'efficacité est d'autant plus important que l'on assiste à une complexification des procédures qui, corollaire de la mise en œuvre de nouvelles technologies ou de l'évolution de notre société, démultiplie les difficultés d'interprétation des textes.

Il s'est manifesté notamment en matière d'actes d'enquêtes particulièrement intrusifs que sont les perquisitions, dont les règles sont régies par l'article 56 du code de procédure pénale, domaine dans lequel la chambre criminelle de la Cour de cassation a construit une jurisprudence qui, depuis plusieurs dizaines d'années, s'articule autour des notions de « perquisition » d'abord (a), et de « domicile », « lieu clos » ou « lieu privé », ensuite (b).

a. La notion de perquisition

La chambre criminelle de la Cour de cassation considère que « toute perquisition implique la recherche à l'intérieur d'un lieu normalement clos, notamment au domicile d'un particulier, d'indices permettant d'établir l'existence d'une infraction ou d'en déterminer l'auteur » (Crim., 29 mars 1994, pourvoi nº 93-84.995, *Bull. crim.* 1994, nº 118) et que les parties communes d'une copropriété constituent un lieu privé (Crim., 27 mai 2009, pourvoi nº 09-82.115, *Bull. crim.* 2009, nº 108).

Pour mémoire, il sera rappelé que, pour elle, « le mot domicile ne signifie pas seulement le lieu où une personne a son principal établissement, mais encore le lieu où, qu'elle y habite ou non, elle a le droit de se dire chez elle, quels que soient le titre juridique de son occupation et l'affectation donnée aux locaux » (Crim., 24 juin 1987, pourvoi nº 87-82.333, *Bull. crim.* 1987, nº 267), les notions de perquisitions et de domicile étant parfois étroitement imbriquées, dès lors que l'existence de l'une découle de la détermination de l'autre.

La notion de perquisition a évolué et est déterminée aujourd'hui en fonction, non seulement de la nature du lieu à l'intérieur duquel se déroulent les opérations judiciaires, mais aussi de celle des actes effectivement accomplis par les enquêteurs, ces derniers bénéficiant ainsi d'une certaine latitude dans des situations toutefois bien délimitées.

La chambre criminelle de la Cour de cassation refuse la qualification de perquisition à des recherches actives d'indices dans des lieux normalement clos mais devenus inhabitables, comme un appartement partiellement détruit (Crim., 31 mai 1994, pourvoi nº 94-81.199, *Bull. crim.* 1994, nº 213) ou un atelier de ciselure ou une fonderie, dépourvus des équipements nécessaires à une habitation effective et dans lesquels les personnes mises en examen n'exercent aucune activité permanente (Crim., 17 octobre 1995, pourvoi nº 95-81.847, *Bull. crim.* 1995, nº 310). Par ailleurs, elle a approuvé une chambre de l'instruction d'avoir refusé de qualifier de perquisition un simple passage effectué, en application de l'article 54 du code de procédure pénale, par les enquêteurs, invités à pénétrer dans un appartement par l'époux de la personne mise en examen ultérieurement, dès lors qu'ils n'ont procédé à aucune fouille (Crim., 14 septembre 2004, pourvoi nº 04-83.754, *Bull. crim.* 2004, nº 206), ou une autre d'avoir validé les opérations ayant consisté à procéder à des constatations visuelles dans un garage, sans y pénétrer mais après l'avoir régulièrement ouvert, permettant ainsi de découvrir des objets suspects (Crim., 3 juin 2004, pourvoi nº 03-83.334). Elle a, en revanche, cassé l'arrêt d'une chambre de l'instruction qui avait considéré que la réalisation de simples constatations dans un lieu normalement fermé au public ayant conduit à la découverte

de véhicules volés, était parvenue au même résultat qu'une perquisition sans en respecter les règles, aux motifs que les enquêteurs n'avaient effectué aucune recherche à l'intérieur des garages, dans lesquels ils n'étaient pas entrés (Crim., 29 mars 1994, pourvoi n° 93-84.995, *Bull. crim.*, 1994, n° 118).

Il se déduit de ces décisions, et la Cour de cassation l'a récemment affirmé expressément, que de simples constatations visuelles ne sont pas assimilables à une perquisition au sens de l'article 76 du code de procédure pénale (Crim., 5 octobre 2016, pourvoi n° 16-81.843, *Bull. crim.* 2016, n° 260).

C'est par le même raisonnement que la chambre criminelle a assimilé à des constatations visuelles la photographie de la vignette d'un véhicule, stationné dans un garage privatif destiné exclusivement au stationnement de véhicules, prise à partir des parties communes de l'immeuble (Crim., 31 janvier 2017, pourvoi n° 16-84.462). Enfin, la chambre criminelle a tiré des motifs des arrêts de cours d'appel ayant relevé que les actes dont la nullité était demandée ne constituaient que de simples constatations qui n'avaient généré aucune recherche de la part des enquêteurs, que ne constitue pas une perquisition, la recherche, par le propriétaire d'un local ou son représentant, en présence d'agents de police judiciaire et en vue d'une remise aux services de police, d'objets introduits dans ledit local, sans droit ni titre par un tiers n'y ayant pas domicile (Crim., 12 février 2008, pourvoi n° 07-87.862, *Bull. crim.* 2008, n° 35 ; *Procédures*, n° 7, 2008, comm. 218, obs. J. Buisson) ou le transport sur les lieux avec remise volontaire par le détenteur aux services de police, requis par lui, d'objets qu'il avait appréhendés dans un garage lui appartenant, ces derniers ayant été, au regard de l'article 97 du code de procédure pénale, régulièrement saisis et placés sous scellés (Crim., 12 février 2008, pourvoi n° 07-87.753, *Bull. crim.* 2008, n° 34). De même encore, « la simple opération de rassemblement, par les policiers, des armes visibles en différents endroits de la maison dans laquelle est recherchée une personne qui vient de prendre la fuite pour échapper à son interpellation n'est pas assimilable à une perquisition et constitue une mesure nécessaire à assurer la protection de la sécurité des personnes » (Crim., 26 février 2014, pourvoi n° 13-87.065, *Bull. crim.* 2014, n° 61).

La chambre criminelle de la Cour de cassation poursuit son travail de perfectionnement de la norme procédurale en précisant la notion de domicile, lieu clos ou lieu privé.

b. La notion de domicile, lieu clos ou lieu privé

S'agissant de la notion de lieu clos ou privé, la chambre criminelle s'en rapporte à l'appréciation souveraine des juges du fond et a développé une jurisprudence empreinte de pragmatisme sur l'accès aux parties communes d'un immeuble, thème souvent débattu dans les pourvois dont elle est saisie.

C'est ainsi qu'elle a approuvé une cour d'appel d'avoir considéré qu'une cour d'immeuble, lorsqu'elle n'est pas close, ne peut, au sens de l'article 184 du code pénal, être assimilée à un domicile, permettant ainsi à des agents de la police administrative ou judiciaire d'y pénétrer pour procéder à un dépistage de l'imprégnation alcoolique, ce qui ne constitue pas, en l'espèce, une visite domiciliaire ou une perquisition (Crim., 26 septembre 1990, pourvoi n° 89-86.600, *Bull. crim.* 1990, n° 321) ou encore que, bien qu'agissant dans le cadre d'une enquête préliminaire, les policiers sont habilités à procéder à des constatations dans les parties communes d'un immeuble, lorsque

celles-ci sont librement accessibles (Crim., 2 octobre 2013, pourvoi n° 12-87.976, *Bull. crim*. 2013, n° 186).

Dans une espèce où la cour d'appel avait déclaré régulière l'interpellation, à l'intérieur de la cour d'un immeuble, d'un individu qui avait pris la fuite alors que les policiers s'apprêtaient à contrôler son identité, en constatant les critères de la flagrance, la chambre criminelle relève pour sa part, que « en raison de sa fuite dans les circonstances de l'espèce, les agents de police judiciaire pouvaient valablement, sur le fondement des dispositions de l'article 78-2, alinéa 1, du code de procédure pénale puis de l'article 53 du même code, le poursuivre jusque dans un immeuble dont l'accès, selon le procès-verbal, n'était pas clos, » puis procéder à son interpellation (Crim., 14 avril 2015, pourvoi n°14-83.462, *Bull. crim*. 2015, n° 80).

Appliquant les dispositions de l'article L. 126-1 du code de la construction et de l'habitation (issu de la loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité), elle a approuvé les motifs d'une chambre de l'instruction qui, pour refuser d'annuler des constatations effectuées dans un parking, a relevé que les informations utiles pour pénétrer dans le parking avaient été fournies par le syndic de copropriété (Crim., 23 janvier 2013, pourvoi n° 12-85056 ; Crim., 23 janvier 2013, pourvoi n° 12-85.059, *Bull. crim*. 2013, n° 29 ; Crim., 5 octobre 2016, pourvoi n° 16-81.843, *Bull. crim*. 2016, n° 260 ; Crim., 31 janvier 2017, pourvoi n° 16-84.462), ou encore que, dans l'impossibilité d'identifier celui-ci, les enquêteurs disposaient de l'accord d'un résident de l'immeuble (Crim., 23 octobre 2013, pourvoi n° 13-82.762, *Bull. crim*. 2013, n° 203), étant précisé que cet accord, qu'il s'agisse de celui du syndic ou du résident, doit être donné en connaissance de cause.

Plus récemment, la chambre criminelle de la Cour de cassation a approuvé l'arrêt de la cour d'appel qui, saisie d'exceptions de nullité d'opérations de perquisition effectuées à l'intérieur d'un camp de gens du voyage, tirées de la violation des articles 54 et 56 du code de procédure pénale, énonce notamment qu'il n'est pas allégué que ce camp est un espace clôturé dont l'accès par la route est barré et relève que le camion volé et le véhicule de police qui le poursuivait y sont entrés par la voie publique, et affirmé que « le fait pour des fonctionnaires de police, agissant dans le cadre de la flagrance, de pénétrer dans les parties communes extérieures librement accessibles d'un campement de gens du voyage pour y procéder à des constatations, ne constitue pas une perquisition au sens de l'article 56 du code de procédure pénale » (Crim., 14 juin 2017, pourvoi n° 16-83.092).

S'agissant des perquisitions effectuées, dans le cadre d'une enquête préliminaire, sans l'assentiment de la personne concernée, mais avec l'autorisation du juge des libertés et de la détention donnée en vertu de l'alinéa 4 de l'article 76 du code de procédure pénale, la chambre criminelle, qui exige que ce magistrat justifie, dans son ordonnance, de la nécessité de cette mesure, au regard des éléments de droit et de fait (Crim., 23 novembre 2016, pourvoi n° 15-83.649, *Bull. crim*. 2016, n° 307), a approuvé deux arrêts de chambre de l'instruction qui ont rejeté une requête en annulation d'actes de la procédure : elle a approuvé le premier ayant déclaré régulière la consultation de données informatiques réalisées sur un site internet par les enquêteurs, à partir de leur propre matériel informatique et au moyen d'un code découvert à l'occasion d'une perquisition autorisée par le juge des libertés et de la détention, en relevant qu'il s'agissait d'une simple investigation ne nécessitant pas une nouvelle décision de ce magistrat (Crim.,

6 novembre 2013, pourvoi nº 12-87.130, *Bull. crim.* 2013, nº 217) ; et elle a approuvé le second ayant de même rejeté une exception de nullité prise de l'absence d'autorisation du juge des libertés et de la détention s'agissant de l'ouverture d'un coffre-fort découvert au cours d'une perquisition régulièrement autorisée, aux motifs que l'ordonnance de ce magistrat n'était assortie d'aucune restriction, qu'elle ne fixait aucune date limite d'exécution, qu'elle n'imposait nullement une information préalable du juge mandant et qu'elle entrait dans le cadre des opérations autorisées, la chambre criminelle ajoutant que l'officier de police judiciaire tenait de ses pouvoirs propres la faculté de requérir un serrurier pour procéder à l'opération contestée (Crim., 3 avril 2013, pourvoi nº 12-87.275, *Bull. crim.* 2013, nº 217). Ces décisions ont suscité deux réserves de la part de commentateurs : la première souligne que l'espace auquel ont accédé les enquêteurs sans l'assentiment de la personne concernée était personnel (P. Hennion-Jacquet, « Précisions sur la régularité des actes d'enquête », *D.* 2013, p. 2826) et la seconde que les articles L. 16, B II, ou L. 38, 2, du livre des procédures fiscales et 64, 2, du code des douanes prévoient, outre l'autorisation du juge des libertés et de la détention pour réaliser une visite domiciliaire, dans l'hypothèse de la découverte de l'existence d'un coffre-fort lors de la visite d'un établissement de crédit, que ce magistrat reste compétent pour autoriser la visite dudit coffre (G. Roussel, « Possibilité pour l'OPJ de requérir lui-même l'ouverture d'un coffre-fort pendant une perquisition autorisée par le JLD », *AJ Pénal* 2013, p. 413).

Au-delà du domaine des perquisitions, la même problématique de lieu clos ou privé est également présente en matière de captation d'images, l'article 706-96 du code de procédure pénale soumettant à l'autorisation du juge d'instruction la possibilité, pour les enquêteurs, de mettre en place un dispositif technique ayant pour objet, sans le consentement des intéressés, la captation, la fixation, la transmission et l'enregistrement de paroles prononcées par une ou plusieurs personnes à titre privé ou confidentiel, dans des lieux ou véhicules privés ou publics, ou de l'image d'une ou plusieurs personnes se trouvant dans un lieu privé.

Dans deux arrêts portant sur la même affaire mais avec des demandeurs différents, la chambre criminelle a approuvé la chambre de l'instruction qui, saisie d'une exception de nullité tirée de la violation de l'article 706-96 du code de procédure pénale, avait refusé d'y faire droit en énonçant que les enquêteurs pouvaient régulièrement procéder sans commission rogatoire ni ordonnance spéciales à la captation d'images portant sur des allées et venues de véhicules sur la voie publique et sur un terrain, certes privé, mais visible depuis la voie publique (Crim., 15 avril 2015, pourvoi nº 14-87.620, *Bull. crim.* 2015, nº 91), ainsi que les photographies des véhicules entrant ou sortant d'un parking d'un immeuble d'habitation ou de ceux, visibles de l'extérieur, accédant, stationnant dans la propriété de la personne mise en cause ou la quittant (Crim., 15 avril 2015, pourvoi nº 14-87.616, *Bull. crim.* 2015, nº 90). La chambre criminelle de la Cour de cassation considère que n'entre pas dans le champ de ces dispositions la captation d'images à partir d'un système installé sur la voie publique, ne filmant que ce qui se passe sur cette voie ou filmant ce qui se passe dans un lieu privé visible depuis la voie publique, à condition toutefois que ne soient pas photographiées, au téléobjectif, les plaques d'immatriculation des véhicules stationnés à l'intérieur d'une propriété privée, non visibles de la voie publique, aux fins d'identification des titulaires des cartes grises (Crim., 21 mars 2007, pourvoi nº 06-89.444, *Bull. crim.* 2007, nº 89).

Pour conclure, on rappellera que seule la personne ayant des droits sur le local concerné par la mesure (perquisition, sonorisation, captation d'images, etc.) peut se prévaloir d'une irrégularité des opérations qui y ont été effectuées (Crim., 12 mars 2008, pourvoi n° 07-88.604 ; *Dr. pénal* 2008, comm. 75, obs. A. Maron et M. Haas ; Crim., 23 janvier 2013, pourvoi n° 12-85.059, préc. ; Crim., 26 juin 2013, pourvoi n° 13-81.491, *Bull. crim.* 2013, n° 164 ; Crim., 14 janvier 2014, pourvoi n° 13-84.909, *Bull. crim.* 2014, n° 8 ; Crim., 15 avril 2015, pourvoi n° 14-87.616, préc. ; sur la qualité à agir – droit propre – du demandeur à l'annulation d'un acte d'instruction, voir la contribution *supra*, partie 1, titre 1, chapitre 1, section 2).

B. Explicitation des non-dits

Les non-dits du législateur menacent la sécurité juridique et conduisent la Cour de cassation à exercer son rôle normatif pour préciser les conditions d'exercice d'un recours en matière civile (1), les conditions de l'exécution forcée en nature des obligations de faire (2), la mise en œuvre des nouvelles règles sur la représentativité syndicale (3) ou les éléments constitutifs d'une infraction (4).

1. En procédure civile : la jurisprudence relative à l'irrecevabilité du pourvoi en cas de non-paiement du droit prévu par l'article 1635 *bis* P du code général des impôts

Par un arrêt du 28 septembre 2017, la Cour de cassation est venue préciser les conditions dans lesquelles s'exercent les recours ouverts contre les décisions d'irrecevabilité justifiées par le non-paiement du droit prévu par l'article 1635 *bis* P du code général des impôts (2e Civ., 28 septembre 2017, pourvoi n° 16-18.166, publié au *Bulletin*).

Ce droit fixe d'appel, dû par les parties à l'instance d'appel dans les procédures avec représentation obligatoire pour abonder le fonds d'indemnisation de l'ancienne profession des avoués près les cours d'appel, a été créé par l'article 54 de la loi n° 2009-1674 du 30 décembre 2009 de finances rectificative pour 2009. Ce droit est applicable aux appels interjetés à compter du 1er janvier 2012. L'article 963 du code de procédure civile précise que le défaut de paiement de cette contribution entraîne l'irrecevabilité de l'appel et l'article 964 du même code définit les modalités suivant lesquelles cette irrecevabilité est prononcée. Certaines parties sont exonérées du paiement de ce droit. Tel est le cas des bénéficiaires de l'aide juridictionnelle qui doivent alors joindre à leur déclaration d'appel une copie de la décision du bureau d'aide juridictionnelle, de la demande ou du récépissé de celle-ci.

Dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt du 28 septembre 2017 précité, l'avocat de l'appelante avait justifié, en cours de délibéré, de l'obtention de l'aide juridictionnelle par sa cliente en adressant la décision du bureau d'aide juridictionnelle via le réseau privé virtuel des avocats. En dépit de cet envoi, la cour d'appel avait déclaré l'appel irrecevable, sans qu'il ressorte de la décision si elle avait entendu ou non tenir compte de l'envoi qui lui avait été fait. L'appelante avait formé un pourvoi contre cette décision en se prévalant notamment de la jurisprudence aux termes de laquelle la fin de non-recevoir tirée du non-paiement du droit peut être régularisée jusqu'à ce que la cour d'appel statue (2e Civ., 7 avril 2016, pourvoi n° 15-16.025), soutenant qu'un tel principe devait également permettre aux parties d'apporter la preuve d'une éventuelle exonération en cours de délibéré.

Ce pourvoi s'insérait cependant dans un contexte procédural particulier puisque la partie n'avait pas considéré que l'irrecevabilité puisse provenir d'une erreur commise par la juridiction et n'avait en conséquence pas sollicité, préalablement à la formation de son pourvoi, le rapport de la décision prévu par l'article 964 du code de procédure civile. Ce texte – qui dispose, sans plus de précision, que les juges « rapportent, en cas d'erreur, l'irrecevabilité, sans débat » – peut laisser interrogatif sur les intentions de ses rédacteurs, ceux-ci n'ayant défini ni la notion d'erreur, ni la nature de cette demande de rapport. En particulier, il est taisant sur la nécessité pour les parties de former une demande de rapport lorsque l'irrecevabilité de l'article 963 du code de procédure civile leur est opposée en dépit d'une exonération démontrée du paiement du droit. Le silence du texte est d'autant plus préjudiciable que la réponse à ces interrogations conditionne l'ouverture éventuelle du pourvoi en cassation, de sorte qu'il est porteur d'insécurité juridique, tant pour l'appelant que pour la partie adverse qui ne peut préciser dans la signification de la décision d'irrecevabilité les voies de recours ouvertes.

C'est la raison pour laquelle la Cour de cassation est venue compléter le texte en précisant, d'une part, que l'erreur en cause était, non pas une simple erreur matérielle, mais une erreur juridique pouvant affecter le fond de la décision et, d'autre part, que l'absence de demande préalable de rapport rend irrecevable le pourvoi en cassation formé contre la décision d'irrecevabilité.

2. L'article 1142 du code civil sur l'exécution forcée en nature

L'ancien article 1184 du code civil (dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations) semblait ouvrir la possibilité, pour toutes les obligations, de quelque nature qu'elles soient, d'une exécution forcée en nature au choix du créancier : « La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts. »

Toutefois, la lettre du texte de l'ancien article 1142 paraissait limiter aux seules obligations de donner la possibilité d'une exécution forcée en nature : « Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur. »

Pour concilier ces deux textes, la Cour de cassation, suivant en cela la doctrine majoritaire, a inversé le principe posé par l'article 1142, pour revenir au fondement de la règle qu'il formule et considérer que seules sont exclues du champ d'application de l'exécution forcée en nature les atteintes directes à la liberté de la personne du débiteur. D'ailleurs, les articles 1143 et 1144 nuançaient déjà l'affirmation posée par l'article 1142 en prévoyant des dérogations au principe de la condamnation à des dommages-intérêts (*Cf.* F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz 9e éd., no 1114, ou déjà Ch. Demolombe, *Traité des contrats*, Durand, 1868, tome 1, no 492).

Cette relecture par la Cour de cassation de ces dispositions a été comprise comme un retour aux sources. Aux sources latines, tout d'abord, car le législateur, par l'article 1142, a traduit un ancien adage latin mais en aurait oublié la seconde moitié : personne ne peut être contraint à faire une chose, puisque cela ne pourrait se faire sans violence ni oppression (*nemo praecise cogi potest ad factum, quia sine vi et impressione id*

fieri non posset; voir *Répertoire Dalloz*, Exécution forcée en nature, V. Forti, n° 10). Aux principes fondamentaux du droit des contrats, également : on peut voir dans la force obligatoire des contrats (ancien article 1134, alinéa 1, devenu 1103, du code civil) et dans le respect de la parole donnée le fondement de la possibilité d'exiger l'exécution forcée en nature (*cf.* D. Mazeaud, *L'exécution forcée en nature dans la réforme du droit des contrats*, Recueil Dalloz 2016, p. 2477, n° 7; *contra*, Y.-M. Laithier, «La prétendue primauté de l'exécution en nature», *RDC* 2005, p. 161, spéc. p. 175) : l'exécution en nature paraît être «la solution la plus naturelle et la plus respectueuse de la convention» (G. Viney, «Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français», *in Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, Études de droit comparé, Bruylant, LGDJ, 2001, p. 167, spéc. n° 16). La Cour de cassation a pu d'ailleurs souligner ce lien en visant à la fois les articles 1134 et 1142 (1re Civ., 16 janvier 2007, pourvoi n° 06-13.983, *Bull.* 2007, I, n° 19).

La Cour de cassation a fait une application très restrictive des termes de l'article 1142 du code civil, et paraît avoir reconnu, avec la majorité des auteurs, un véritable droit à l'exécution forcée en nature, en considérant que tout créancier peut exiger l'exécution de ce qui lui est dû lorsque cette exécution est possible (3e Civ., 19 février 1970, pourvoi n° 68-13.866, *Bull.* 1970, III, n° 123; 3e Civ., 3 novembre 2017, pourvoi n° 15-23.188). La possibilité d'obtenir l'exécution forcée en nature n'est donc exclue qu'en cas d'impossibilité :

– matérielle (ainsi, en raison de l'arrêt de la fabrication du modèle du véhicule vendu : Com., 5 octobre 1993, pourvoi n° 90-21.146, *Bull.* 1993, IV, n° 313; en cas d'empiétement, s'il est impossible de démolir et reconstruire l'immeuble à l'emplacement prévu : 3e Civ., 15 février 1978, pourvoi n° 76-13.532, *Bull.* 1978, III, n° 85);

– juridique (par exemple : 1re Civ., 27 novembre 2008, pourvoi n° 07-11.282, *Bull.* 2008, I, n° 269 «viole l'article 1142 du code civil la cour d'appel qui ordonne sous astreinte au propriétaire d'un local à usage d'habitation de délivrer ce bien à celui avec qui il avait conclu un contrat de bail, alors qu'elle avait relevé que ce local avait été loué à un tiers»);

– ou morale, lorsque l'obligation étant éminemment personnelle, son exécution forcée porterait une atteinte trop forte aux droits et libertés fondamentaux de celui qui y est tenu (voir par exemple l'affaire célèbre du peintre Whistler : Civ., 14 mars 1900, *D. P.* 1900, I, p. 497, note M. Planiol : la Cour de cassation, selon laquelle le contrat par lequel un artiste s'était engagé à peindre un portrait était «d'une nature spéciale, en vertu duquel la propriété du tableau n'est définitivement acquise à la partie qui l'a commandé, que lorsque l'artiste a mis ce tableau à sa disposition, et qu'il a été agréé par elle», a approuvé la cour d'appel de n'avoir pas ordonné l'exécution forcée de ce contrat au peintre qui refusait de terminer son tableau, le condamnant uniquement à des dommages-intérêts).

Si la Cour de cassation a parfois subordonné à certaines conditions l'exécution forcée en nature (s'agissant par exemple du pacte de préférence, voir Ch. mixte, 26 mai 2006, pourvoi n° 03-19.495, *Bull.* 2006, Ch. mixte, n° 4), voire l'a exclue en certains domaines (voir ainsi la jurisprudence qui considère que dans une promesse unilatérale de vente, l'obligation du promettant constitue une obligation de faire tant que les bénéficiaires n'ont pas déclaré acquérir et que la levée d'option, postérieure à la rétractation du promettant, exclut toute rencontre des volontés, si bien que la réalisation forcée de la vente ne peut être ordonnée : 3e Civ., 15 décembre 1993, pourvoi n° 91-10.199,

Bull. 1993, III, nº 174), elle a parfois au contraire fait une application très rigoureuse de l'article 1142 (voir ainsi 3e Civ., 11 mai 2005, pourvoi nº 03-21.136, *Bull.* 2005, III, nº 103, rendu au visa du seul article 1184, censurant l'arrêt qui, ayant constaté que le niveau de la maison présentait une insuffisance de 33 centimètres par rapport aux stipulations contractuelles, n'avait pas ordonné la démolition de l'ouvrage aux motifs que la non-conformité ne rendrait pas l'immeuble impropre à sa destination et ne porterait pas sur des éléments déterminants du contrat).

Cette réécriture de l'article 1142 par la Cour de cassation, déjà confortée par le législateur lors de la création de la procédure d'injonction de faire aux articles 1425-1 à 1425-9 du code de procédure civile, a récemment été, pour l'essentiel, maintenue par l'ordonnance du 10 février 2016 : le principe demeure la faculté pour le créancier de poursuivre l'exécution forcée en nature (nouvel article 1217 du code civil). La réforme a également exclu cette sanction lorsqu'elle est impossible, mais a ajouté une nouvelle exception : l'exécution en nature ne peut être poursuivie s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier (nouvel article 1221), cette exception étant conçue comme une déclinaison de l'abus de droit. Loin de priver la Cour de cassation de tout rôle normatif en ce domaine, la réforme soulève de nouvelles questions auxquelles elle devra répondre pour assurer l'unification de l'interprétation du nouveau droit des contrats, et notamment les suivantes : l'intérêt pour le créancier doit-il s'apprécier objectivement ou subjectivement ? L'appréciation de la disproportion manifeste relèvera-t-elle du pouvoir souverain des juges du fond ?

3. En matière d'élections professionnelles

Révolutionnant les règles de la représentativité syndicale en France, la loi nº 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail a obligé la jurisprudence à intervenir non seulement de manière créative, mais aussi de manière politique, c'est-à-dire en fixant des grands principes pouvant servir de guide à l'interprétation des nouveaux textes légaux par les acteurs afin de limiter le contentieux.

Cette posture assez inhabituelle a été liée à plusieurs facteurs.

En premier lieu, cette loi du 20 août 2008 faisait table rase de cinquante années au cours desquelles la représentativité syndicale, dite descendante, résultait quasiment exclusivement d'un arrêté, datant de 1966, listant les cinq confédérations nationales présumées représentatives, pour instaurer un système totalement novateur de représentativité ascendante acquise par le vote des électeurs aux élections professionnelles en entreprise. Il fallait donc repenser intégralement les anciennes règles. Or, le texte légal n'avait pas retouché pour l'essentiel les règles électorales en entreprise, alors même que celles-ci, nécessairement, se devaient d'évoluer pour tenir compte des nouveaux objectifs qui leur étaient assignés. La jurisprudence devait donc revoir toutes ses anciennes interprétations et décider si celles-ci s'adaptaient encore à la nouvelle philosophie insufflée par cette loi.

En second lieu, cette loi était issue d'une position commune, et le législateur avait fait le choix de recopier purement et simplement les décisions des partenaires sociaux, sans leur apporter ni complément ni explication alors même que dans certains cas, la conversion de décisions de principe des signataires de la position commune en textes

de loi révélait des failles ou soulevait des difficultés pratiques. C'est donc à la jurisprudence qu'il revenait de remédier à ces failles, ou encore d'inventer à partir des textes des règles permettant de résoudre les difficultés pratiques qu'ils recélaient. Enfin, décalque des décisions des partenaires sociaux, la loi du 20 août 2008 n'avait donné lieu à aucun débat parlementaire permettant d'éclairer la volonté du législateur sur les différentes dispositions, ce qui obligeait la jurisprudence à donner elle-même cet éclairage.

Dans cette configuration, la chambre sociale a constitué une sous-section pour prendre en charge le contentieux très important qui lui parvenait directement des tribunaux d'instance statuant en dernier ressort, et s'est donnée pour mission d'élaborer une jurisprudence qui permette de rendre la loi applicable concrètement, y compris, quand nécessaire, en complétant ou réinterprétant les dispositions légales.

Une centaine d'arrêts ont ainsi été publiés entre 2009 et 2017 pour l'application de cette loi : parfois pour donner des précisions basiques (l'exigence de « plusieurs adhérents » pour constituer une section syndicale suppose l'existence d'au moins deux adhérents : Soc., 4 novembre 2009, pourvoi n° 09-60.075, *Bull.* 2009, V, n° 244, ou encore, à défaut de précision dans le protocole préélectoral, le bureau de vote doit être tenu par l'électeur le plus âgé et l'électeur le plus jeune de l'entreprise : Soc., 16 octobre 2013, pourvoi n° 12-21.448, *Bull.* 2013, V, n° 238), parfois pour trouver un équilibre acceptable entre les textes de la loi et les principes en vigueur (ainsi de la dérogation exceptionnelle au principe du contradictoire admise pour la preuve des adhérents d'une section syndicale : Soc., 8 juillet 2009, pourvoi n° 09-60.032, *Bull.* 2009, V, n° 180), parfois pour donner du sens à un article difficile à appliquer en l'état (par exemple, en considérant que « l'avantage catégoriel » conféré par les dispositions légales aux syndicats de journalistes avait pour conséquence de permettre la mise en place d'un collège catégoriel spécifique lors des élections, même en l'absence d'unanimité : Soc., 2 mars 2011, pourvoi n° 09-60.419, *Bull.* 2001, V, n° 60).

Tout en répondant de manière ciblée à chaque question posée, la chambre sociale a aussi veillé à ce que sa jurisprudence s'inscrive ostensiblement dans le suivi de fils directeurs permettant aux acteurs de l'entreprise de pouvoir trouver eux-mêmes les réponses à certaines de leurs interrogations en se fondant sur les principes dégagés par la jurisprudence. Ainsi en est-il du principe de transparence vis-à-vis des électeurs, qui a conduit la chambre sociale à exiger que les syndicats faisant liste commune et ayant prévu des règles de répartition des suffrages qui ne soient pas à égalité en informent en amont les électeurs (Soc., 13 janvier 2010, pourvoi n° 09-60.208, *Bull.* 2010, V, n° 6), ou encore de l'obligation pour les syndicats souhaitant revendiquer, après les élections, une étiquette confédérale d'en avoir avisé les électeurs avant les élections (Soc., 12 avril 2012, pourvoi n° 11-22.290, *Bull.* 2012, V, n° 127). Cette même question de l'étiquette confédérale l'a également amenée, après avoir consulté en qualité de sachants l'ensemble des organisations syndicales et patronales représentatives au plan national, à décider de conserver à l'appartenance confédérale un rôle décisif en cas de désaffiliation d'un syndicat (Soc., 18 mai 2011, pourvoi n° 10-60.300, *Bull.* 2011, V, n° 121).

Dans la continuité de cette jurisprudence, la chambre sociale a dû décider comment résoudre en pratique les conflits entre organisations syndicales affiliées à la même confédération.

Elle a alors élaboré une règle de résolution des conflits pouvant être déclinée par les juges du fond : « sauf accord collectif plus favorable, une confédération syndicale

et les organisations syndicales qui lui sont affiliées ne peuvent désigner ensemble un nombre de délégués syndicaux supérieur à celui prévu par la loi ; qu'il en résulte, d'une part, que lorsqu'une organisation syndicale désigne un délégué syndical surnuméraire, cette désignation ouvre, à compter de la dernière désignation litigieuse ou de la décision prise par l'organisation syndicale pour mettre fin à cette situation, un nouveau délai de contestation de l'ensemble des désignations en cause et, d'autre part, qu'il appartient alors aux syndicats de justifier des dispositions statutaires déterminant le syndicat ayant qualité pour procéder aux désignations des délégués syndicaux ou à leur remplacement, ou de la décision prise par l'organisation syndicale d'affiliation pour régler le conflit conformément aux dispositions statutaires prévues à cet effet ; qu'à défaut, par application de la règle chronologique, seule la désignation notifiée en premier lieu doit être validée » (Soc., 29 octobre 2010, pourvoi nº 09-67.969, *Bull.* 2010, V, nº 250). Cette solution a été récemment réitérée pour les listes déposées par les organisations syndicales aux élections professionnelles (Soc., 24 janvier 2018, pourvoi nº 16-22.168, publié au *Bulletin*).

La chambre sociale a en outre fait entièrement évoluer sa jurisprudence sur les accords collectifs au regard des nouvelles règles de représentativité et de signature de ces accords. Elle a notamment fait émerger le fait que l'accord collectif était une catégorie d'actes juridiques spécifique, ne répondant ni aux règles de l'acte unilatéral, ni à celles du contrat, mettant ainsi fin à des controverses doctrinales anciennes sur la nature de l'accord collectif. L'acte signé par les partenaires sociaux reconnus représentatifs bénéficie ainsi d'une présomption de respect de la règle d'égalité de traitement dans un certain nombre de cas (voir notamment Soc., 27 janvier 2015, pourvoi nº 13-22.179, *Bull.* 2015, V, nº 9, ou encore, récemment : Soc., 7 décembre 2017, pourvoi nº 16-14.235, publié au *Bulletin*) pour pouvoir tenir compte, sous le contrôle des signataires dont la légitimité résulte de l'élection, de circonstances particulières à certaines catégories de salariés.

La très récente réforme des institutions représentatives du personnel par les ordonnances du 22 septembre 2017 pourrait peut-être conduire à nouveau la chambre sociale à adopter à nouveau un mécanisme d'interprétation jurisprudentielle du même ordre.

4. Les éléments constitutifs d'une infraction

Certains textes de droit pénal, en raison de leur rédaction extrêmement concise, voire laconique, posent des difficultés spécifiques. Un vaste champ d'interprétation constructive s'est ainsi ouvert à la jurisprudence en matière essentiellement d'infractions à caractère sexuel, dans la définition desquelles le législateur a fait preuve et continue parfois de faire preuve d'une relative pudeur rédactionnelle, nonobstant l'obligation lui incombant de définir les crimes et délits en termes suffisamment clairs et précis. Cet office traditionnel du juge pénal s'est vu renouvelé par la question prioritaire de constitutionnalité.

Avant la loi nº 80-1041 du 23 décembre 1980 relative à la répression du viol et de certains attentats aux mœurs, l'article 332 de l'ancien code pénal réprimait le crime de viol qu'il s'abstenait toutefois de définir. La Cour de cassation, qui ne pouvait, pour ce motif, refuser de juger, a donc posé en principe qu'il lui appartenait « de rechercher et constater les éléments constitutifs de ce crime », qu'elle a elle-même défini comme « le fait d'abuser d'une personne contre sa volonté, soit que le défaut de consentement

résulte de la violence physique ou morale exercée à son égard, soit qu'il résulte de tout autre moyen de contrainte ou de surprise» (Crim., 25 juin 1857, *Bull. crim*. 1857, nº 240), définition dont on observera qu'elle mettait essentiellement l'accent sur l'atteinte à la volonté de la victime mais n'entrait guère dans le détail des éléments proprement physiques de l'infraction. Les textes du nouveau code pénal, entré en vigueur le 1er mars 1994, s'ils sont plus précis que leurs prédécesseurs, n'en comportent pas moins des définitions quelque peu allusives qui, vingt-quatre ans après leur entrée en vigueur, imposent toujours à la Cour de cassation de rappeler, à intervalles réguliers, quelques données acquises, issues de sa jurisprudence.

Ainsi, des arrêts récents confirment que les délits d'atteinte sexuelle et d'agression sexuelle nécessitent l'existence d'un «contact corporel» entre l'auteur et la victime (pour l'atteinte sexuelle : Crim., 7 septembre 2016, pourvoi nº 15-83.287, *Bull. crim*. 2016, nº 234; *JCP* 2016, éd. G, chron. 1190, note C. Claverie-Rousset; pour l'agression sexuelle : Crim., 11 janvier 2017, pourvoi nº 15-86.680, *Bull. crim*. 2017, nº 15), ce qui les distingue de l'exhibition sexuelle, dont le mode de réalisation offense la vue. S'agissant de ce dernier délit, tel que défini par l'article 222-32 du code pénal, en des termes justifiant, eux aussi, l'action normative de la jurisprudence, le débat ancien, portant sur le caractère sexuel ou non de la présentation des seins nus d'une femme (Crim., 22 décembre 1965, pourvoi nº 65-91.997, *Bull. crim*. 1965, nº 289), a récemment rebondi, à l'occasion des actions revendicatives d'un mouvement ayant adopté ce *modus operandi* comme marque distinctive, ce qui a donné à la chambre criminelle l'occasion de rappeler qu'est répréhensible un tel acte, lorsqu'il est accompli volontairement, dans un lieu ouvert au public (Crim., 10 janvier 2018, pourvoi nº 17-80.816; *D*. 2018, p. 1061, note L. François).

L'exercice classique, par la Cour de cassation, de la fonction brièvement décrite ci-dessus a été récemment affecté par la création de la question prioritaire de constitutionnalité.

Le délit de harcèlement sexuel est ainsi exemplaire de cette démarche judiciaire. Dans sa rédaction issue de la loi nº 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, l'article 222-33 du code pénal incriminait «le fait de harceler autrui dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle», sans autre précision.

En l'absence de contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, et en présence d'une définition aussi laconique, la chambre criminelle aurait dû, pour préciser les contours de l'infraction, se livrer à une analyse du même type que celle à laquelle elle avait procédé en 1857, à propos du viol. Un tel contrôle ayant été introduit dans le droit positif, le juge judiciaire a pu, après avoir constaté l'existence d'un risque d'atteinte au principe de légalité, renvoyer une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel (Crim., 29 février 2012, pourvoi nº 11-85.377), dont l'intervention a eu successivement pour effet l'abrogation de la disposition contestée (Cons. const., 4 mai 2012, décision nº 2012-240 QPC, M. Gérard D. [Définition du délit de harcèlement sexuel]), l'annulation de la condamnation prononcée sur le fondement de celle-ci (Crim., 26 juin 2013, pourvoi nº 11-85.377) et la création, par la loi nº 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel, d'un nouveau texte d'incrimination, lequel, bien que plus développé que le précédent, n'en a pas moins suscité une nouvelle question prioritaire de constitutionnalité, dont la transmission a été refusée, au motif que la disposition litigieuse était rédigée «en des termes suffisamment clairs et précis pour

que [son interprétation], qui entre dans l'office du juge pénal, puisse se faire sans risque d'arbitraire» (Crim., 25 mai 2016, pourvoi nº 16-82.377).

La chambre criminelle s'est acquittée, quelques mois plus tard, de la tâche qu'elle s'était ainsi assignée, en précisant que chacun des propos ou comportements à connotation sexuelle, imposés de façon répétée à une personne déterminée, devait soit porter atteinte à sa dignité en raison de son caractère dégradant ou humiliant, soit créer à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante (Crim., 16 novembre 2016, pourvoi nº 16-82.377, *Bull. crim.* 2016, nº 297 ; *JCP* 2016, éd. G, Act. 1386, note B. Lapérou-Scheneider).

Il ressort de cet exposé que la création de la question prioritaire de constitutionnalité a suscité un partage de compétences entre le juge constitutionnel, qui a pour office d'éliminer du *corpus* juridique les normes pénales dont l'imprécision majeure rend inévitable une nouvelle intervention du législateur, et le juge judiciaire, apte à perfectionner, dans l'exercice de sa fonction traditionnelle d'interprétation de la règle de droit, celles atteintes d'une imprécision moins grave.

Ce n'est pas à dire que le rôle de la Cour de cassation s'en trouve amoindri. Si, comme on l'a vu, la chambre criminelle a renvoyé au Conseil constitutionnel la question prioritaire contestant la constitutionnalité du texte définissant le délit de harcèlement sexuel, elle a statué différemment en ce qui concerne, par exemple, la définition du délit de harcèlement moral (Crim., 25 juillet 2012, QPC nº 12-90.036 ; Crim., 4 septembre 2012, QPC nº 12-80.222), ou encore celle du délit d'exhibition sexuelle (Crim., 9 avril 2014, pourvoi nº 14-80.867). Elle a notamment jugé, à propos du harcèlement moral, infraction réprimée par l'article 222-33-2 du code pénal, déjà jugé conforme à la Constitution (Cons. const., 12 janvier 2002, décision nº 2001-455 DC, Loi de modernisation sociale), que la décision précitée du 4 mai 2012 relative au harcèlement sexuel ne créait, dans les normes de constitutionnalité applicables ou dans les circonstances de droit ou de fait, aucun changement de nature à justifier un nouvel examen de la constitutionnalité de la disposition contestée, qui présentait, elle, un degré de précision suffisant (Soc., 1er mars 2013, QPC nº 12-40.103, *Bull.* 2013, V, nº 68).

Il ne s'est donc pas établi une pratique extensive ou analogique du renvoi au Conseil constitutionnel, laquelle aurait été de nature à entamer la substance du pouvoir d'interprétation de la norme juridique dont est investie, en matière pénale, la chambre criminelle de la Cour de cassation.

C. Le juge distingue telle notion d'une notion voisine

Préciser le sens des mots est particulièrement crucial en matière pénale lorsqu'il s'agit de distinguer des notions voisines, donnant cependant lieu à des incriminations différentes, surtout si elles déclenchent l'application de règles de procédure spécifiques.

Ainsi, tenir publiquement des propos désobligeants à l'encontre d'un magistrat ou d'une personne dépositaire de l'autorité publique à raison de leurs fonctions ou à l'occasion de leur exercice est répréhensible, ce qui ne signifie pas pour autant que les qualifications d'outrage envisageables de prime abord, telles que définies par les articles 433-5 et 434-24 du code pénal, puissent être systématiquement retenues. Si les expressions diffamatoires ou injurieuses n'ont pas été directement adressées à l'intéressé, et qu'il n'est pas établi que leur auteur ait voulu qu'elles lui soient rapportées

par une personne présente, les dispositions spécifiques des articles 31 et 33 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse seront seules applicables (Crim., 1[er] mars 2016, pourvoi nº 15-82.824, *Bull. crim*. 2016, nº 59 ; *Gaz. Pal.* 2016, nº 19, note F. Fourment ; 29 mars 2017, Crim., 29 mars 2017, pourvoi nº 16-82.884, *Bull. crim*. 2017, nº 96).

Dans un même ordre d'idées, la Cour de cassation s'est attachée à définir soigneusement les éléments caractéristiques de la notion de « manifestation », au sens des articles 431-9 et suivants du code pénal (Crim., 9 février 2016, pourvoi nº 14-82.234, *Bull. crim.* 2016, nº 35), qui ne doit pas être confondue avec celle d'« attroupement », au sens des articles 431-3 et suivants du même code (sur celle-ci : Crim., 28 mars 2017, pourvoi nº 15-84.940, *Bull. crim*. 2017, nº 82).

Section 2. Les revirements ou infléchissements de jurisprudence

En matière pénale, la question du revirement de jurisprudence a été étudiée dans l'*Étude* 2014 « le temps » (p. 338 et s.) sous l'angle, notamment, des conséquences des arrêts Pessino c. France (CEDH, arrêt du 10 octobre 2006, nº 40403/02) et Rio del Prada c. Espagne (CEDH, arrêt du 21 octobre 2013, nº 42750/09), prohibant le revirement *in pejus* pour violation de l'article 7 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, sauf prévisibilité raisonnable dudit revirement.

Ici, l'accent sera mis davantage sur l'exigence de motivation en tant que modalité du revirement (§ I). Maîtriser ses effets dans le temps est l'un des révélateurs les plus nets, et sans doute l'un des plus discutés (voir N. Molfessis [dir.], « *Les revirements de jurisprudence* », Litec, 2005 ; comp. V. Heuzé, « À propos du rapport sur les revirements de jurisprudence : une réaction entre indignation et incrédulité », *JCP* G 2005, p. 130), du pouvoir normatif de la Cour de cassation (§ II).

§ I. Modalités

La motivation des arrêts de la Cour de cassation opérant un revirement de jurisprudence apparaît irrégulièrement différenciée (A), mais les motifs, dans certains cas non développés, de ces décisions sont parfois complétés par des modalités de publication renforcées permettant à la Cour de cassation d'expliciter l'évolution voulue (B).

A. Le recours inégal à une motivation enrichie

Nul n'ignore que les exigences de sécurité juridique et de protection de la confiance légitime des justiciables ne consacrent pas de droit acquis à une jurisprudence constante (CEDH, arrêt 18 décembre 2008, Unédic c. France, nº 20153/04, §§ 71 et suivants), « l'évolution de la jurisprudence relevant de l'office du juge dans l'application du droit » (CEDH, arrêt du 30 août 2011, Boumaraf c. France, nº 32820/08). Le revirement doit néanmoins faire l'objet d'une motivation développée, l'accessibilité, la clarté et la prévisibilité des dispositions légales et de la jurisprudence assurant en effet l'effectivité du droit d'accès à un tribunal (CEDH, 26 mai 2011, Legrand c. France, nº 23228/08, § 34). La Cour de cassation veille au respect de ces principes et recourt à cette fin à une motivation enrichie.

Néanmoins, si la plupart des revirements ou infléchissements de jurisprudence sont explicités par une motivation enrichie (1), il en est d'autres qui n'usent pas de ce procédé (2).

1. Le revirement spécialement motivé

Plusieurs récents revirements de jurisprudence témoignent en effet du souci de la chambre criminelle de la Cour de cassation de motiver de manière plus développée ses décisions, que le revirement soit fondé sur une évolution des textes (a) ou bien sur la prise en compte de la jurisprudence du Conseil constitutionnel ou de la Cour européenne des droits de l'homme dans le cadre d'un « dialogue des juges » (b).

a. Le revirement justifié par l'évolution des textes

La Cour de cassation se réfère ainsi, parfois, à l'évolution des textes pour justifier ses revirements de jurisprudence comme l'illustre un arrêt rendu le 23 novembre 2016 par sa chambre criminelle dans lequel elle a fait évoluer sa compréhension des dispositions de l'article 76 du code de procédure pénale (Crim., 23 novembre 2016, pourvoi n° 15-83.649, *Bull. crim.* 2016, n° 307 ; *JCP* 2017, éd. G, 82, note J. Pradel ; *AJ Pénal* 2017, p. 76, note J.-B. Thierry ; *Dr. pénal* 2017, comm. 13, note A. Maron et M. Haas). Alors que par un arrêt du 6 mars 2013, elle avait jugé « qu'aucune disposition légale ne fait obstacle à ce que l'ordonnance du juge des libertés et de la détention se réfère expressément à la requête présentée par le procureur de la République aux fins de perquisition, en application de l'article 76, alinéa 4, du code de procédure pénale, lorsque celle-ci comporte toutes les indications exigées par ce texte à peine de nullité » (Crim., 6 mars 2013, pourvoi n° 12-87.810, *Bull. crim.* 2013, n° 62), admettant donc que l'ordonnance du juge des libertés et de la détention soit motivée par adoption des motifs de la requête du procureur de la République, cette interprétation des dispositions de l'article 76 du code de procédure pénale a été abandonnée le 23 novembre 2016.

Pour justifier ce revirement, il a été énoncé, au visa des articles 76 du code de procédure pénale et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, « que l'ordonnance du juge des libertés et de la détention décidant, sur requête du procureur de la République à l'occasion d'une enquête préliminaire, que les opérations prévues par le premier de ces textes seront effectuées sans l'assentiment de la personne chez qui elles ont lieu, doit être motivée au regard des éléments de fait et de droit justifiant de leur nécessité ; que cette exigence d'une motivation adaptée et circonstanciée s'impose au regard des droits protégés par la Convention européenne des droits de l'homme et en tenant compte de l'évolution du statut et du rôle juridictionnel du juge des libertés et de la détention voulue par le législateur ; que cette motivation constitue une garantie essentielle contre le risque d'une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée de la personne concernée et doit permettre au justiciable de connaître les raisons précises pour lesquelles ces opérations ont été autorisées », pour en déduire que « l'ordonnance du juge des libertés et de la détention, qui se borne à se référer à la requête présentée par le procureur de la République aux fins de perquisition, en application de l'article 76, alinéa 4, du code de procédure pénale, n'est pas conforme aux exigences de ce texte ».

Le revirement réalisé par rapport à la règle énoncée le 6 mars 2013 a ainsi été justifié par le renouvellement des circonstances juridiques. En effet, à la suite de l'entrée en

vigueur de la loi nº 2016-1090 du 8 août 2016 relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature, dont l'article 18 a modifié l'article 28-3 de l'ordonnance nº 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, le juge des libertés et de la détention est dorénavant nommé par décret du Président de la République, et non plus désigné par le président du tribunal de grande instance parmi les magistrats du premier grade dudit tribunal. De plus, le législateur a donné au juge des libertés et de la détention un rôle croissant pendant l'enquête consistant à autoriser les actes d'enquête portant les atteintes les plus graves aux droits et libertés fondamentaux. L'évolution du droit positif emportait donc la nécessité du revirement effectué.

D'autres domaines illustrent l'essor de la motivation enrichie au soutien d'une évolution de la jurisprudence, notamment le contentieux des pratiques restrictives de concurrence et anticoncurrentielles.

Le législateur ayant choisi de confier la connaissance de ces litiges à des juridictions spécialisées (huit juridictions, tribunaux de commerce ou tribunaux de grande instance, en première instance et une cour d'appel, celle de Paris), la question s'est rapidement posée de savoir quelle était la sanction de la méconnaissance de ce principe. C'est en particulier à l'occasion de l'interprétation de l'article D. 442-4 du code de commerce, qui fixe la liste des juridictions de première instance appelées à connaître de ces litiges et désigne la cour d'appel de Paris pour connaître des décisions « rendues par ces juridictions », que se sont développés des litiges « périphériques », portant sur la désignation de la juridiction d'appel compétente pour statuer sur les recours formés contre des décisions rendues par des juridictions non spécialisées, ayant statué à tort dans ce domaine réservé.

Par plusieurs arrêts rendus le même jour (Com., 29 mars 2017, pourvoi nº 15-17.659, *Bull.* 2017, IV, nº 47 ; Com., 29 mars 2017, pourvoi nº 15-24.241, *Bull.* 2017, IV, nº 49 ; Com., 29 mars 2017, pourvoi nº 15-15.337, *Bull.* 2017, IV, nº 48 ; commentés au *Rapport* 2017, p. 236), la chambre commerciale, économique et financière de la Cour de cassation a exposé les différentes étapes de son raisonnement. Elle s'est d'abord référée à la genèse de la jurisprudence qu'elle appliquait depuis plusieurs années, inspirée du mécanisme de droit commun (2e Civ., 9 juillet 2009, pourvoi nº 06-46.220, *Bull.* 2009, II, nº 186 ; 2e Civ., 15 octobre 2015, pourvoi nº 14-20.165). Elle a ensuite rappelé la spécialisation de la cour d'appel de Paris, seule investie du pouvoir de statuer dans ces litiges, et la sanction de la méconnaissance de ce pouvoir juridictionnel exclusif (Com., 24 septembre 2013, pourvoi nº 12-21.089, *Bull.* 2013, IV, nº 138), la fin de non-recevoir en cause devant être relevée d'office (Com., 31 mars 2015, pourvoi nº 14-10.016, *Bull.* 2015, IV, nº 59), puis a souligné la portée de cette jurisprudence établie, qui était jusqu'alors appliquée à toutes les décisions rendues dans les litiges relatifs à l'article L. 442-6 du code de commerce, même lorsqu'elles émanaient de juridictions non spécialement désignées. Elle a enfin dressé un état des lieux sur lequel s'est appuyé le revirement opéré. Après avoir exposé que cette solution était source, pour les parties, d'insécurité juridique quant à la détermination de la cour d'appel pouvant connaître de leur recours et conduisait au maintien de décisions rendues par des juridictions non spécialisées, les recours formés devant d'autres cours d'appel que celle de Paris étant déclarés irrecevables, la chambre commerciale a estimé nécessaire d'amender sa jurisprudence et ainsi explicité les raisons de son revirement.

Parfois, la Cour de cassation justifie les évolutions de sa jurisprudence par la recherche d'une harmonisation des jurisprudences.

b. Le revirement justifié par l'harmonisation des jurisprudences

L'harmonisation des jurisprudences concerne la jurisprudence des juges du fond, la jurisprudence des différentes chambres de la Cour de cassation, la jurisprudence du Conseil constitutionnel et celle des cours européennes.

α. L'harmonisation de la jurisprudence des juges du fond : l'exemple de l'étendue de la responsabilité décennale en matière de construction

Traditionnellement, la Cour de cassation jugeait que le remplacement ou l'ajout d'un élément d'équipement dissociable sur existant ne relevait du domaine de la responsabilité décennale que si cet élément constituait en lui-même un ouvrage, l'impropriété à sa destination se mesurant par rapport à cet ouvrage pris isolément. C'est ainsi que la Cour de cassation avait jugé (3e Civ., 12 novembre 2015, pourvoi nº 14-20.915) que justifie légalement sa décision la cour d'appel qui retient que l'adjonction, sur une installation existante, d'un élément, tel une pompe à chaleur, ne constitue pas un ouvrage au sens de l'article 1792 du code civil et que se trouvent également hors du champ d'application de la garantie de bon fonctionnement les éléments d'équipement dissociables adjoints à un ouvrage existant.

Cette question était d'une grande importance pratique puisqu'elle concernait des équipements d'usage courant, tels que pompe à chaleur, climatisation par pompe à chaleur, chauffage, cheminée, insert. La question essentielle était donc, alors, celle de savoir si l'élément d'équipement constituait ou non un ouvrage.

L'examen des décisions au fond a très vite révélé des solutions contradictoires pour un même type d'équipement, situation à laquelle le contrôle de la Cour de cassation, limité à la qualification d'ouvrage, ne pouvait remédier.

Cet état de fait a conduit la Cour de cassation à réétudier l'ensemble des dispositions du code civil relatif au contrat de louage d'ouvrage et à adopter une nouvelle lecture des articles 1792 et suivants du code civil relatifs à la responsabilité décennale des constructeurs.

Les articles 1792 et suivants du code civil s'inscrivent dans le chapitre III du titre VIII du code civil intitulé « Du louage d'ouvrage et d'industrie ». Selon l'article 1787 du code civil, il y a contrat de louage d'ouvrage « lorsqu'on charge quelqu'un de faire un ouvrage ». L'expression « faire un ouvrage » signifie qu'il y a là un processus créatif. Qu'est-ce qu'un ouvrage ? L'ouvrage, c'est l'objet du contrat : une maison, un immeuble, une piscine… Mais cet ouvrage n'est qu'une entité réalisée par l'adjonction des éléments qui la composent. Par exemple, s'agissant d'une maison d'habitation, l'ouvrage sera constitué de fondations, murs, toitures, cuisine aménagée, salle de bains… C'est précisément ce que dit l'article 1792 du code civil en distinguant entre les éléments constitutifs et les éléments d'équipement de l'ouvrage, l'article 1792-2 du même code définissant les éléments constitutifs comme étant ceux constitués par « les ouvrages » de viabilité, de fondation, d'ossature, de clos ou de couvert. « L'ouvrage » est ainsi constitué par la réunion « des ouvrages » qui le composent.

Dès lors, il apparaît que la réalité physique, qui domine, est celle de ces ouvrages-composants, éléments constitutifs et éléments d'équipement indissociables ou dissociables.

La Cour de cassation a dû tirer les conséquences de cette nouvelle lecture tant à propos des éléments d'équipement que des éléments constitutifs.

S'agissant d'un élément d'équipement et procédant à un revirement, la Cour de cassation a jugé (3e Civ., 15 juin 2017, pourvoi nº 16-19.640, publié au *Bulletin*) que les désordres affectant des éléments d'équipement, dissociables ou non, d'origine ou installés sur existant, relèvent de la responsabilité décennale lorsqu'ils rendent l'ouvrage dans son ensemble impropre à sa destination. Cette solution a été réaffirmée à propos d'une cheminée (3e Civ., 14 septembre 2017, pourvoi nº 16-17.323, publié au *Bulletin*) et d'un insert (3e Civ., 26 octobre 2017, pourvoi nº 16-18.120, publié au *Bulletin*).

Ainsi, dès lors qu'on admet que l'élément d'équipement dissociable constitue par lui-même un ouvrage, la question de la qualification ne se pose plus. Il suffira aux juges du fond de rechercher si cet élément d'équipement rend l'ouvrage, pris en son ensemble, impropre à sa destination.

Enfin, on peut penser que la Cour de cassation reprendra, ici, la solution excluant du domaine de la responsabilité décennale les éléments d'équipement dissociables qui ne fonctionnent pas, tels que les moquettes et tissus tendus (3e Civ., 30 novembre 2011, pourvoi nº 09-70.345, *Bull.* 2011, III, nº 202) ou les dallages (3e Civ., 13 février 2013, pourvoi nº 12-12.016, *Bull.* 2013, III, nº 20).

S'agissant de la notion d'élément constitutif, la nouvelle lecture a conduit la Cour de cassation à juger (3e Civ., 28 février 2018, pourvoi nº 17-13.478, publié au *Bulletin*) qu'une cour d'appel, ayant retenu qu'en raison de leur modeste importance, sans incorporation de matériaux nouveaux à l'ouvrage, les travaux, qui correspondaient à une réparation limitée dans l'attente de l'inéluctable réfection complète d'une toiture à la vétusté manifeste, ne constituaient pas un élément constitutif de l'ouvrage, en déduit, à bon droit, qu'il convenait d'écarter l'application du régime de responsabilité institué par l'article 1792 du code civil. En effet, les travaux, qui portent seulement sur une partie d'un élément constitutif, ne constituent pas un ouvrage.

Il ressort de ces observations que, confrontée à une situation portant une atteinte grave à la sécurité juridique, la Cour de cassation a, procédant à un réexamen des textes relatifs au contrat de louage d'ouvrage, dégagé une nouvelle lecture des dispositions relatives à la responsabilité décennale, mettant ainsi fin aux divergences de jurisprudence des cours d'appel en recentrant leur office sur la seule question de l'impropriété à destination.

β. L'harmonisation de la jurisprudence au sein de la Cour de cassation

Cette méthodologie de la motivation enrichie sert également un objectif d'harmonisation de la jurisprudence au sein de la Cour (Com., 22 mars 2016, pourvoi nº 14-14.218, *Bull.* 2016, IV, nº 50). C'est ainsi qu'après avoir rappelé la jurisprudence établie relative à la sanction des ventes consenties à vil prix, à savoir la nullité absolue (1re Civ., 24 mars 1993, pourvoi nº 90-21.462) et la prescription trentenaire de droit commun qui lui était appliquée (Com., 23 octobre 2007, pourvoi nº 06-13.979, *Bull.* 2007, IV, nº 226), la chambre commerciale, économique et financière de la Cour de cassation a pris acte de l'abandon de cette solution par la troisième chambre civile, qui a retenu

que cette nullité, fondée sur l'intérêt privé du vendeur, est une nullité relative soumise au délai de prescription de cinq ans (3e Civ., 24 octobre 2012, pourvoi nº 11-21.980) et de la position de la première chambre civile énonçant désormais que la nullité d'un contrat pour défaut de cause est une nullité relative (1re Civ., 29 septembre 2004, pourvoi nº 03-10.766, *Bull.* 2004, I, nº 216). Elle a, en conséquence, estimé qu'il y avait lieu d'adopter la même position.

Une difficulté similaire s'est rencontrée en droit de la presse. La première chambre civile de la Cour de cassation a, en 2016, opéré un revirement de jurisprudence en matière de droit de la presse, en décidant d'étendre au procès civil les formalités prévues à l'article 53 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse (1re Civ., 6 avril 2016, pourvoi nº 15-10.552, *Bull.* 2016, I, nº 80). Aux termes de cette disposition, la citation doit, à peine de nullité, préciser et qualifier « le fait incriminé » et indiquer « le texte de loi applicable à la poursuite ».

La chambre criminelle de la Cour de cassation juge, de manière constante, qu'elle a le devoir de vérifier si la citation délivrée est conforme aux prescriptions de l'article 53 de la loi du 29 juillet 1881, même si aucune violation de ce texte n'a été soulevée par le prévenu avant tout débat au fond (voir, notamment, en ce sens : Crim., 16 avril 1985, pourvoi nº 84-90.169, *Bull. crim.* 1985, nº 141 ; Crim., 6 mai 1986, pourvoi nº 85-94.196, *Bull. crim.* 1986, nº 154). Elle s'assure, plus particulièrement, que la citation mentionne le texte qui édicte la peine sanctionnant l'infraction poursuivie (voir, par exemple : Crim., 3 mars 2009, pourvoi nº 08-82.349 ; Crim., 17 novembre 2015, pourvoi nº 14-87.279).

La question s'est posée de savoir si cette règle devait pareillement recevoir application lorsque l'action était portée devant la juridiction civile.

La deuxième chambre civile de la Cour de cassation y avait d'abord répondu par l'affirmative, en énonçant que « l'assignation délivrée à la requête du plaignant doit préciser et qualifier le fait invoqué et indiquer le texte de loi applicable à la demande » et en précisant que « le texte de loi applicable à la demande est celui qui édicte la peine applicable aux faits entrant dans la définition d'une infraction de presse, tels qu'ils sont qualifiés » (2e Civ., 26 octobre 2000, pourvoi nº 98-19.291, *Bull.* 2000, II, nº 147 ; 2e Civ., 12 décembre 2002, pourvoi nº 00-20.770, *Bull.* 2002, II, nº 286). Cette solution s'inscrivait dans un mouvement plus large d'unification du procès de presse, engagé par la deuxième chambre civile dans les années 1990.

Mais la première chambre civile de la Cour de cassation, qui lui a succédé dans le traitement de ce contentieux, a adopté, en 2009, une position contraire, en affirmant que « la seule omission dans l'assignation de la mention de la sanction pénale que la juridiction civile ne peut jamais prononcer n'est pas de nature à en affecter la validité » (1re Civ., 24 septembre 2009, pourvoi nº 08-17.315, *Bull.* 2009, I, nº 180 ; et, dans le même sens : 1re Civ., 26 septembre 2012, pourvoi nº 11-20.406). Le commentaire de cette décision paru au *Rapport annuel* 2009 de la Cour de cassation expose que ce revirement de jurisprudence « donne un sens à la dépénalisation et à la différence entre les juridictions civile et pénale » et « démontre que la loi s'applique dans la nuance et pour les circonstances pour lesquelles elle est faite » (*Rapport* 2009, p. 429).

L'assemblée plénière de la Cour de cassation est finalement venue arbitrer entre ces deux conceptions du procès de presse. Saisie de la question de la validité d'une assignation retenant pour le même fait la double qualification d'injure et de diffamation, elle

a, en 2013, décidé que « l'article 53 de la loi du 29 juillet 1881 […] doit recevoir application devant la juridiction civile » (Ass. plén., 15 février 2013, pourvoi nº 11-14.637, *Bull.* 2013, Ass. plén., nº 1 ; *Rapport* 2013, p. 493). Il appartenait à la première chambre civile d'en tirer toutes les conséquences, ce qu'elle a fait dans son arrêt, précité, du 6 avril 2016, en jugeant qu'une assignation qui ne mentionne pas le texte édictant la peine applicable aux faits de diffamation allégués encourt la nullité.

Si ce revirement de jurisprudence s'inscrit dans la logique de l'arrêt d'assemblée plénière, il présente plusieurs particularités qui méritent d'être signalées. D'abord, le pourvoi dont la première chambre civile était saisie ne l'incitait nullement à opérer un tel revirement. Et pour cause : il émanait des demandeurs à l'action en diffamation et le moyen unique de cassation, articulé en six branches, développé à son soutien était exclusivement dirigé contre le chef de l'arrêt d'appel rejetant leurs demandes. Dans la continuité de la jurisprudence de la chambre criminelle, évoquée plus haut, la première chambre civile a, néanmoins, vérifié si les assignations délivrées étaient conformes aux prescriptions de l'article 53 de la loi du 29 juillet 1881 précitée et, faute pour elles de mentionner l'article 32 de ladite loi, elle a relevé d'office le moyen tiré de leur nullité, après avis donné aux parties dans les conditions prévues à l'article 1015 du code de procédure civile. Ensuite, se conformant aux exigences posées par la Cour européenne des droits de l'homme en cas de changement d'interprétation jurisprudentielle de la règle, la décision expose, de manière détaillée, les raisons substantielles ayant conduit à ce revirement. Si la Cour de cassation s'était déjà livrée à cet exercice, il y a lieu toutefois d'observer que, dans cette affaire, la première chambre civile a non seulement indiqué les motifs de son revirement, mais également cité expressément les deux arrêts ayant guidé son raisonnement, à savoir celui qu'elle avait rendu le 24 septembre 2009 et celui rendu par l'Assemblée plénière le 15 décembre 2013, précité. Cette motivation développée, qui reflète la volonté de la Cour de cassation de « mieux expliquer la solution retenue » (B. Louvel, discours prononcé en ouverture des travaux de la commission de réflexion dédiés à la motivation, 14 septembre 2015), est de nature à accroître la portée normative de la décision. Enfin, la première chambre civile de la Cour de cassation a décidé de moduler dans le temps les effets du revirement, après avoir constaté que les assignations étaient, à la date de leur délivrance, conformes à l'état du droit alors applicable et considéré que l'application immédiate de la règle nouvelle à l'instance en cours aurait pour effet de priver les demandeurs « d'un procès équitable, au sens de l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en leur interdisant l'accès au juge ». Elle n'a donc pas, en l'espèce, annulé les assignations et a statué sur le moyen du pourvoi. Ce n'est pas la première fois que la Cour de cassation fait usage de cette faculté (voir, notamment, en matière de presse : Ass. plén., 21 décembre 2006, pourvoi nº 00-20.493, *Bull.* 2006, Ass. plén., nº 15 ; *Rapport* 2006, p. 246) ; mais, là encore, la première chambre civile a pris le soin d'indiquer avec précision les raisons de ce choix.

Grâce à la motivation enrichie, ce revirement de jurisprudence fait sens et le rôle normatif de la Cour de cassation, loin d'être affaibli, prend toute son ampleur.

γ. L'harmonisation avec la jurisprudence constitutionnelle ou européenne

Alors qu'elle a longtemps adopté une interprétation stricte des dispositions de l'article 530 du code de procédure pénale en considérant que les réclamations formées à l'encontre des avis d'amende forfaitaire majorée étaient irrecevables lorsque l'intéressé

n'avait pas joint à la réclamation l'avis correspondant à l'amende considérée, et ce même lorsque le contrevenant prétendait ne pas l'avoir reçu (Crim., 20 novembre 2013, pourvoi n° 12-88.359), la chambre criminelle de la Cour de cassation a, au contraire, posé pour principe, dans un arrêt du 18 mai 2016, qu'il se déduit « notamment de l'article 530 du code de procédure pénale tel qu'interprété par la décision du Conseil constitutionnel en date du 7 mai 2015, que la décision du ministère public déclarant la réclamation prévue par le troisième alinéa de cet article irrecevable au motif qu'elle n'est pas accompagnée de l'avis d'amende forfaitaire majorée peut faire l'objet d'un incident contentieux devant le juge de proximité, soit que le contrevenant prétende que, contrairement aux prescriptions du deuxième alinéa du même texte, l'avis d'amende forfaitaire majorée ne lui a pas été envoyé, soit qu'il justifie être dans l'impossibilité de le produire pour un motif légitime » (Crim., 18 mai 2016, pourvoi n° 15-86.095, *Bull. crim.* 2016, n° 148 ; *AJ Pénal* 2016, p. 378, note J.-P. Céré), la décision du Conseil constitutionnel (Cons. const., 7 mai 2015, décision n° 2015-467 QPC, M. Mohamed D. [Réclamation contre l'amende forfaitaire majorée]) étant donc expressément mentionnée pour expliquer le revirement opéré.

La motivation de cette décision rejoint ainsi celle des arrêts successivement rendus d'une part, par la chambre criminelle, quoique de façon plus ancienne, consacrant le droit à l'assistance d'un avocat pendant la garde à vue (Crim., 19 octobre 2010, pourvoi n° 10-82.902, *Bull. crim.* 2010, n° 164 ; Crim., 19 octobre 2010, pourvoi n° 10-82.306, *Bull. crim.* 2010, n° 163 ; Crim., 19 octobre 2010, pourvoi n° 10-85.051, *Bull. crim.* 2010, n° 165 ; *Rapport* 2010, p. 422), et d'autre part, par l'assemblée plénière de la Cour de cassation (Ass. plén., 15 avril 2011, pourvoi n° 10-17.049, *Bull. crim.* 2011, Ass. plén., n° 1 ; Ass. plén., 15 avril 2011, pourvoi n° 10-30.242, *Bull. crim.* 2011, Ass. plén., n° 2 ; Ass. plén., 15 avril 2011, pourvoi n° 10-30.313, *Bull. crim.* 2011, Ass. plén., n° 3 ; Ass. plén., 15 avril 2011, pourvoi n° 10-30.316, *Bull. crim.* 2011, Ass. plén., n° 4 ; *Rapport* 2011, p. 391).

Une telle motivation enrichie des arrêts de la Cour de cassation opérant un revirement de jurisprudence n'est cependant pas systématique.

2. Le revirement non spécialement motivé

En matière pénale par exemple, plusieurs arrêts rendus à propos de la motivation des peines n'ont pas fait l'objet de motivations plus développées qu'à l'accoutumée alors que, soit ils marquaient une rupture avec la jurisprudence traditionnelle de la chambre criminelle selon laquelle le juge répressif disposait, au stade du prononcé des peines, d'une faculté discrétionnaire dont il ne devait aucun compte dans les limites fixées par la loi et hors le cas où une motivation spéciale était prévue par les textes, soit ils restreignaient la portée d'un précédent revirement à cet égard.

Par trois arrêts du 29 novembre 2016, la chambre criminelle de la Cour de cassation a ainsi posé pour principe, au visa des dispositions de l'article 132-19 du code pénal, dans leur rédaction issue de loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale, mais sans motiver spécialement sa décision « que le juge qui prononce une peine d'emprisonnement sans sursis doit en justifier la nécessité au regard de la gravité de l'infraction, de la personnalité de son auteur et du caractère manifestement inadéquat de toute autre sanction », mais que « les juges ne sont tenus de spécialement motiver leur décision au regard de la situation matérielle,

familiale et sociale du prévenu que pour refuser d'aménager la peine d'emprisonnement sans sursis qu'ils prononcent, lorsque cette peine est d'une durée qui n'excède pas deux ans, ou un an en cas de récidive, et non pour justifier la nécessité d'une telle peine» (Crim., 29 novembre 2016, pourvoi n° 15-86.712, *Bull. crim.* 2016, n° 316; voir également, Crim., 29 novembre 2016, pourvoi n° 15-83.108, *Bull. crim.* 2016, n° 314; Crim., 29 novembre 2016, pourvoi n° 15-86.116, *Bull. crim.* 2016, n° 315; *Dr. pénal* 2017, comm. 15, note E. Bonis-Garçon).

Ces décisions revenaient sur des arrêts antérieurs qui avaient énoncé que «le juge qui prononce une peine d'emprisonnement sans sursis doit en justifier la nécessité au regard des faits de l'espèce, de la gravité de l'infraction, de la personnalité de son auteur, de sa situation matérielle, familiale et sociale ainsi que du caractère inadéquat de toute autre sanction» et «que s'il décide de ne pas aménager la peine, le juge doit, en outre, motiver spécialement cette décision, soit en établissant que la personnalité et la situation du condamné ne permettent pas un tel aménagement, soit en constatant une impossibilité matérielle» (Crim., 6 janvier 2016, pourvoi n° 14-87.076, *Bull. crim.* 2016, n° 2; Crim., 4 mai 2016, pourvoi n° 15-80.770, *Bull. crim.* 2016, n° 138).

De même, par trois arrêts du 1er février 2017 (sur lesquels voir J. Leblois-Happe, «La nécessaire motivation du choix de la peine en matière de délits (et de contraventions)», *JCP* 2017, éd. G., p. 277), la chambre criminelle, au terme d'une motivation traditionnelle, a décidé que «toute peine doit être motivée en tenant compte de la gravité des faits, de la personnalité de leur auteur et de sa situation personnelle» (Crim., 1er février 2017, pourvoi n° 15-85.199, *Bull. crim.* 2017, n° 28; Crim., 1er février 2017, pourvoi n° 15-84.511, *Bull. crim.* 2017, n° 30), et que, par ailleurs, «le juge qui prononce une amende doit motiver sa décision au regard des circonstances de l'infraction, de la personnalité et de la situation personnelle de son auteur, en tenant compte de ses ressources et de ses charges» (Crim., 1er février 2017, pourvoi n° 15-83.984, *Bull. crim.* 2017, n° 29; *AJ Pénal* 2017, p. 175, note E. Dreyer, «La motivation de toute peine : un revirement à regret?»).

La justification des revirements de la jurisprudence de la Cour de cassation peut cependant prendre d'autres formes que celle d'une motivation enrichie des décisions.

B. Le recours à des modes variés de diffusion renforcée

Il s'agit soit de modes de diffusion internes à la Cour de cassation, telles les différentes modalités de la publication d'un arrêt (1), soit de modes de diffusion externes à la Cour de cassation, tel le commentaire de l'arrêt, au sein d'une revue juridique, par des magistrats de la Cour (2).

1. Les différents types de publication internes à la Cour de cassation

Plusieurs récents revirements opérés par la Cour de cassation ont fait l'objet d'une publication, non seulement au *Bulletin des arrêts*, mais également au *Rapport annuel de la Cour de cassation* ou encore sur le site internet de la Cour de cassation où leur diffusion a été accompagnée de celle d'une note explicative.

Par exemple, la nouvelle interprétation des dispositions de l'article 76 du code de procédure pénale à laquelle s'est livrée la chambre criminelle dans son arrêt du

23 novembre 2016 précité a fait l'objet d'une diffusion sur le site internet de la Cour de cassation accompagnée de celle d'une « note explicative » exposant les faits de l'espèce, les textes applicables, la question de droit qui était posée à la chambre criminelle, l'état antérieur de la jurisprudence et enfin les motifs ayant justifié qu'il soit procédé à un revirement. Il a ainsi été relevé que la chambre criminelle a estimé devoir renforcer son niveau d'exigence en la matière dès lors que la simple référence à la requête, qui, au demeurant, n'était pas toujours jointe à l'ordonnance, ne constituait pas une garantie suffisante contre le risque d'une atteinte disproportionnée à la vie privée des personnes concernées et « ne [permettait] pas de s'assurer de l'effectivité du contrôle imposé au juge par la loi », soit une considération qui ne figurait pas dans les motifs de la décision du 23 novembre 2016, alors qu'il est vrai, comme l'enseigne une certaine doctrine, que « motiver consiste à s'expliquer mais aussi à se soumettre à un contrôle ; du point de vue des parties, le droit de savoir se prolonge par un droit de contester » (L. Cadiet [dir.], *Dictionnaire de la justice*, *PUF*, 2004, entrée « Motivation »).

De telles formalités de publication ont de même été mises en œuvre s'agissant des arrêts précités rendus par la chambre criminelle le 29 novembre 2016 puis le 1er février 2017, lesquels ont en commun d'avoir été publiés au *Rapport annuel* et sur le site internet de la Cour de cassation.

Si la publication des arrêts du 29 novembre 2016 n'a pas été accompagnée de celle d'une note explicative, celle des arrêts du 1er février 2017 a fait l'objet de la diffusion d'un tel document synthétisant l'évolution de la jurisprudence de la chambre criminelle à propos de la motivation des peines depuis les arrêts du 29 novembre 2016. L'évolution jurisprudentielle a ainsi pu être présentée comme étant essentiellement fondée sur des dispositions législatives de droit interne, l'impératif de motivation découlant des textes du code de procédure pénale qui posent la règle selon laquelle les arrêts et jugements doivent contenir des motifs (notamment les articles 485 et 593 du code de procédure pénale), mais aussi de l'article 132-1 du code pénal qui fixe les critères généraux dont le juge correctionnel doit tenir compte lorsqu'il prononce une peine : les circonstances de l'infraction, ou la gravité des faits, la personnalité de l'auteur de l'infraction, et la situation personnelle de ce dernier, et ce, conformément aux finalités et fonctions de la peine énoncées à l'article 130-1 du même code.

Enfin, le rôle du juge de cassation a pu être présenté comme se limitant à s'assurer que les motifs des peines sont dénués d'insuffisance comme de contradiction, la détermination des peines étant laissée pour le surplus à l'appréciation des juges du fond. Les arrêts du 29 novembre 2016 ont de surcroît été commentés au *Rapport annuel de la Cour de cassation* où l'on a justifié le revirement opéré par le fait que la loi nº 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale est venue modifier les dispositions de l'article 132-19 du code pénal dans un sens, confirmé par l'examen des travaux préparatoires, imposant de distinguer entre les critères d'appréciation par le juge répressif du principe d'une peine d'emprisonnement sans sursis et ceux devant être pris en compte pour justifier qu'une peine d'emprisonnement ferme susceptible de faire l'objet d'un aménagement de peine ne fasse pas l'objet d'une telle mesure (*Rapport* 2016, p. 263).

2. Le commentaire de l'arrêt dans des revues spécialisées

Les revirements de la jurisprudence sont enfin fréquemment présentés dans des chroniques de jurisprudence de la Cour de cassation publiées par certains conseillers référendaires, sous le contrôle du conseiller doyen de la chambre, qui apparaissent alors comme un lieu d'explicitation et de justification des revirements opérés.

Ainsi, l'évolution de la jurisprudence de la chambre criminelle relative à la motivation des ordonnances du juge des libertés et de la détention a été présentée comme le parachèvement, attendu par la doctrine, de l'évolution de l'office de ce magistrat, laquelle a été rendue nécessaire par le renforcement des pouvoirs d'enquête du ministère public, sous le contrôle du juge des libertés et de la détention, avec cette conséquence que ces deux magistrats détiennent dorénavant nombre de pouvoirs qui étaient auparavant réservés au juge d'instruction (G. Barbier, *D.* 2017, p. 245). Il en a été de même s'agissant de l'arrêt du 1er février 2017 précité, au sujet de la motivation de la peine d'amende correctionnelle, qui a fait l'objet d'un commentaire détaillé au *Recueil Dalloz* où ont été explicités les motifs du revirement effectué par la chambre criminelle, non sans que cette décision ne soit inscrite dans l'évolution plus globale de l'évolution de la jurisprudence relative à la motivation des peines de toute nature (E. Pichon, *D.* 2017, p. 1557).

§ II. Portée

Les effets dans le temps du revirement de jurisprudence soulignent tout particulièrement le rôle normatif de la Cour de cassation. Si celle-ci ne fait qu'interpréter la loi, son interprétation fait corps avec elle et elle est censée n'avoir jamais varié. La rétroactivité inhérente à la jurisprudence soulève alors un problème particulier car un même comportement, jusque-là licite, est susceptible de basculer dans l'illicéité en raison du revirement de jurisprudence. Maîtriser les effets du revirement dans le temps est de nature à remédier aux inconvénients de la rétroactivité mais contribue à modifier la nature de la règle jurisprudentielle.

Afin de justifier le report dans le temps des effets d'un revirement, la Cour de cassation recourt également à la motivation enrichie.

C'est ainsi, par exemple, que la chambre commerciale a été saisie d'un pourvoi formé contre un arrêt du 28 septembre 2016 de la cour d'appel de Paris, ayant retenu, conformément à la jurisprudence alors appliquée, la recevabilité de l'appel, formé le 16 septembre 2015, contre un jugement rendu par le tribunal de grande instance de Nanterre statuant sur les dispositions de l'article L. 442-6, I, 6°, du code de commerce. Précédemment saisie, la cour d'appel de Versailles l'avait déclaré irrecevable en application de la même jurisprudence.

Par arrêt du 21 mars 2018, la chambre commerciale a rappelé, d'une part, que sa jurisprudence avait été amendée par les arrêts du 29 mars 2017 précités, et qu'elle juge désormais qu'en application des articles L. 442-6, III, et D. 442-3 du code de commerce seuls les recours formés contre les décisions rendues par les juridictions du premier degré spécialement désignées relèvent de la cour d'appel de Paris, et, d'autre part, que l'arrêt attaqué s'était conformé à la jurisprudence ancienne.

Constatant que l'application à l'espèce de la règle issue du revirement de jurisprudence aboutirait à priver la société appelante, qui ne pouvait ni connaître ni prévoir, à la date à laquelle elle a exercé son recours, la nouvelle règle jurisprudentielle limitant le pouvoir juridictionnel de la cour d'appel de Paris, d'un procès équitable au sens de l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la chambre commerciale en a déduit, procédant à un contrôle de proportionnalité, que la censure de l'arrêt n'était, dès lors, pas encourue (Com., 21 mars 2018, pourvoi n° 16-28.412, publié au *Bulletin*).

Ainsi encore, pour justifier l'application différée d'un revirement au 1er juillet 2011, la chambre criminelle s'est expressément référée à la décision du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010 fixant à cette date la prise d'effet de la déclaration d'inconstitutionnalité des anciennes dispositions des articles 62, 63, 63-1 et 77 du code de procédure pénale et des alinéas 1 à 6 de son article 63-4 (Const. const., 30 juillet 2010, décision n° 2010-14/22 QPC, M. Daniel W. et autres [Garde à vue], *Rec.* p. 179), tandis que l'Assemblée plénière, qui a posé pour principe, d'une part, « que les États adhérents à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation », d'autre part, « que, pour que le droit à un procès équitable consacré par l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales soit effectif et concret, il faut, en règle générale, que la personne placée en garde à vue puisse bénéficier de l'assistance d'un avocat dès le début de la mesure et pendant ses interrogatoires », a approuvé les motifs de certaines des décisions attaquées qui s'étaient expressément référées aux arrêts Salduz c. Turquie (CEDH, arrêt du 27 novembre 2008, Salduz c. Turquie [GC], n° 36391/02) et Dayanan c. Turquie (CEDH, arrêt du 13 octobre 2009, Dayanan c. Turquie, n° 7377/03), rendus les 27 novembre 2008 et 13 octobre 2009 par la Cour européenne des droits de l'homme (sur ce revirement, voir également *Rapport annuel* 2014, « Le temps », p. 340).

Chapitre 2. La portée des règles

La Cour de cassation joue encore un rôle normatif lorsqu'elle révèle le domaine d'application (section 1) ou la force (section 2) d'une règle dans le silence de la loi.

Section 1. Le domaine d'application

Le domaine d'application des textes n'est pas toujours défini avec clarté. La Cour de cassation se prononce aussi bien à l'égard du droit d'origine nationale (§ I) que du droit d'origine européenne, rappelant que le premier juge du droit européen est bien le juge national (§ II).

§ I. Le droit national : l'exemple de l'assignation en partage judiciaire

Lors de la réforme des successions et des libéralités (loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités et décret n° 2006-1805

du 23 décembre 2006 relatif à la procédure en matière successorale et modifiant certaines dispositions de procédure civile), le législateur a voulu favoriser le règlement amiable des différends en cette matière en prévoyant une tentative préalable obligatoire de partage amiable.

Ainsi, l'article 1360 du code de procédure civile énonce la fin de non-recevoir suivante : «À peine d'irrecevabilité, l'assignation en partage contient un descriptif sommaire du patrimoine à partager et précise les intentions du demandeur quant à la répartition des biens ainsi que les diligences entreprises en vue de parvenir à un partage amiable» (Avis de la Cour de cassation, 13 février 2012, nº 11-00.008, *Bull.* 2012, Avis, nº 1 ; *Rapport* 2012, p. 381).

Parallèlement, on sait que le créancier personnel d'un indivisaire ne peut pas saisir la part de ce dernier dans les biens indivis, meubles ou immeubles. Il a cependant la faculté de provoquer le partage de l'indivision au nom de son débiteur ou d'intervenir dans le partage provoqué par lui (article 815-17 du code civil). Par ce mécanisme inspiré de l'action oblique, le créancier recherche la vente aux enchères publiques du bien détenu en indivision par son débiteur afin d'être payé grâce à la fraction du prix revenant à ce dernier au moment du partage. Ainsi, le partage judiciaire provoqué par le créancier personnel d'un indivisaire est bien différent du partage demandé par un indivisaire. Le plus souvent, le créancier ignore l'ampleur du patrimoine à partager, surtout lorsqu'il s'agit d'une succession. Il ne s'intéresse qu'au bien indivis ayant la plus grande valeur, le plus souvent un immeuble. Ce créancier n'a aucune intention quant à la répartition des biens entre les indivisaires, un partage amiable ne l'intéresse pas – il ne souhaite pas participer à un partage en nature ni recevoir des biens –, il veut seulement recevoir des fonds en paiement de sa créance.

La situation particulière du partage d'une indivision provoqué par le créancier personnel d'un indivisaire n'a pas été envisagée par le pouvoir réglementaire lors de la réforme de la procédure de partage judiciaire. La Cour de cassation s'est ainsi interrogée sur l'opportunité d'appliquer la fin de non-recevoir prévue à l'article 1360 du code de procédure civile à l'action en partage judiciaire provoquée par le créancier personnel d'un indivisaire, alors que ce texte avait été conçu pour des situations bien différentes. La réponse à cette question n'était pas évidente, elle pouvait porter atteinte à la jurisprudence ancienne et classique selon laquelle le créancier qui agit du chef de son débiteur est soumis à toutes les exceptions qui auraient pu être opposées à ce même débiteur s'il eût agi personnellement en son nom propre (Civ., 10 juillet 1867, *D. P.* 1867, p. 1 344). Ainsi, le défendeur à l'action oblique peut opposer à celui qui l'exerce tous les moyens de défense dont il dispose à l'égard de son créancier (1re Civ., 9 octobre 1991, pourvoi nº 89-17.916, *Bull.* 1991, I, nº 250).

L'indivisaire assigné en partage par le créancier personnel de son coïndivisaire peut-il lui opposer l'irrecevabilité de son action si l'assignation en partage ne contient pas un descriptif sommaire du patrimoine à partager, les intentions du demandeur quant à la répartition des biens et les diligences entreprises en vue de parvenir à un partage amiable ? Cette analyse, conforme à la lettre de l'article 1360 du code de procédure civile et à la jurisprudence ancienne, n'est-elle pas de nature à empêcher l'efficacité de l'action du créancier ?

En l'absence d'exception prévue par le code de procédure civile, la Cour de cassation a jugé que ce texte n'est pas applicable à l'action en partage engagée par le

créancier personnel d'un indivisaire sur le fondement de l'article 815-17 du code civil (1re Civ., 11 septembre 2013, pourvoi nº 12-17.173 ; 1re Civ., 25 septembre 2013, pourvoi nº 12-21.272, *Bull.* 2013, I, nº 183 ; 1re Civ., 13 janvier 2016, pourvoi nº 14-29.534, *Bull.* 2016, I, nº 6). Elle a ainsi créé une exception non prévue par le pouvoir réglementaire s'adaptant à une situation particulière non envisagée par le code de procédure civile.

§ II. Le droit européen des droits de l'homme : l'exemple de la révocation d'une libération conditionnelle

La libération conditionnelle est une décision juridictionnelle accordant un mode d'aménagement de l'exécution d'une peine privative de liberté. Elle permet à un condamné ayant purgé une partie de sa peine d'être libéré par anticipation sous la condition de respecter certaines obligations pendant le délai de liberté conditionnelle fixé par le juge. La libération conditionnelle peut prendre fin par un échec – récidive ou méconnaissance des obligations – qui se concrétise par une décision de révocation, éventuellement précédée de la délivrance de mandats ou d'une incarcération provisoire.

La loi nº 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité s'est attachée à créer un système complet de juridictions d'application des peines, institué par les articles 712-1 à 712-22 et D. 49 à D. 49-73 du code de procédure pénale. Les juges de l'application des peines et, pour certaines compétences, les tribunaux de l'application des peines, juridictions collégiales régionales, constituent les juridictions de première instance statuant notamment sur les demandes et les révocations de libération conditionnelle. La chambre de l'application des peines et, pour certaines compétences (réductions de peine, permission de sortir), le président de cette chambre constituent les juridictions de second degré.

Aux termes de l'article 712-13, alinéa 1, du code de procédure pénale, l'appel des jugements mentionnés aux articles 712-6 et 712-7 du même code, lesquels incluent les hypothèses de révocation de la libération conditionnelle, « est porté devant la chambre de l'application des peines de la cour d'appel, qui statue par arrêt motivé après un débat contradictoire au cours duquel sont entendues les réquisitions du ministère public et les observations de l'avocat du condamné. Le condamné n'est pas entendu par la chambre, sauf si celle-ci en décide autrement. Son audition est alors effectuée, en présence de son avocat ou celui-ci régulièrement convoqué, soit selon les modalités prévues par l'article 706-71, soit par un membre de la juridiction, dans l'établissement pénitentiaire où il se trouve détenu ».

Le législateur avait ainsi posé comme principe que le condamné ne devait pas être entendu lors du débat en appel afin de limiter les extractions et la possibilité d'incidents. Pour justifier cette exception aux principes du contradictoire et au droit au procès équitable que sont la participation, ou la possibilité de participation, personnelle du condamné à l'audience d'appel devant la chambre de l'application des peines, la chambre criminelle de la Cour de cassation, suivant une partie de la doctrine, considérait que le contentieux de l'application des peines ne relevait pas d'une « accusation en matière pénale » au sens de l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Crim., 15 février 2005, pourvoi nº 04-81.775, *Bull. crim.* 2005, nº 58 ; Crim., 30 mars 2011, pourvoi nº 10-85.354) et qu'en conséquence, le moyen tiré d'une violation de ce texte était inopérant. Cette position s'appliquait autant au rejet d'une demande de libération conditionnelle qu'à la révocation

d'une libération conditionnelle, considérés tous deux comme des mesures d'exécution de la peine, n'ayant donc pas le caractère d'une sanction. En outre, la chambre criminelle de la Cour de cassation considérait comme une garantie suffisante la comparution de droit de l'intéressé devant le premier juge et la tenue devant la chambre de l'application des peines d'un débat contradictoire au cours duquel l'avocat du condamné était entendu en ses observations (Crim., 20 mars 2013, pourvoi n° 13-90.001).

L'absence du condamné en appel pose d'évidents problèmes théoriques et pratiques. Il est fréquent que le condamné se soit défendu seul en première instance. Quant à l'avocat appelé en cause d'appel, il n'a pas forcément connu le premier débat et peut n'avoir qu'une connaissance limitée de la personne du condamné et du contexte ayant entraîné l'inobservation de ses obligations. Le débat porte davantage sur l'« accusation », au sens européen du terme, portée par le ministère public, du refus ou de la méconnaissance par le condamné de ses obligations ; cette accusation pouvant entraîner comme « sanction » la révocation de la libération conditionnelle, après une période, plus ou moins longue, de liberté « assortie de mesures de contraintes » (les obligations de la libération conditionnelle) et un retour en détention jusqu'à exécution complète de la peine. La révocation de la libération conditionnelle pouvait-elle continuer d'être entendue comme une simple modalité d'exécution de la peine ?

La Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) s'était déjà prononcée à plusieurs reprises dans le sens de l'application de l'article 6 (CEDH, arrêt du 28 juin 1984, Campbell et Fell c. Royaume-Uni, n° 7819/7 et n° 7878/77 ; CEDH, arrêt du 9 octobre 2003, Ezeh et Connors c. Royaume-Uni, n° 39665/98 et n° 10086/98). Elle considère en effet cet article applicable aux situations dans lesquelles la décision peut se traduire par une nouvelle peine privative de liberté ou une durée de peine plus longue qu'escomptée, ce qu'elle analyse comme une « sanction », relevant de la « matière pénale » au sens de l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Aussi la chambre criminelle de la Cour de cassation a-t-elle jugé, dans un arrêt du 15 avril 2015, au visa de l'article préliminaire du code de procédure pénale et de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, que « le respect des principes du contradictoire et de l'équilibre des droits des parties interdit à la chambre de l'application des peines, prononçant sur une demande de révocation de libération conditionnelle, de statuer sans que le condamné, qui en fait la demande, eût été mis en mesure de comparaître à l'audience » (Crim., 15 avril 2015, pourvoi n° 14-82.622, *Bull. crim.* 2015, n° 92 ; *AJ Pénal*, 2015, p. 270, note M. Herzog-Evans ; *Dr. Pénal*, 2015, comm. 91, note E. Bonis-Garçon).

Par cet arrêt de cassation, « d'une importance considérable » (M. Herzog-Evans, note préc.), la chambre criminelle a donc affirmé que la révocation d'une libération conditionnelle relevait de la matière pénale et que le principe interne du contradictoire comme celui des droits de la défense, principes généraux du droit, étaient applicables en cette matière, y compris *contra legem*. C'est pourquoi, depuis la publication de cet arrêt, le ministère public informe le condamné qu'il est en droit, s'il le souhaite, de comparaître devant la chambre de l'application des peines.

En revanche, la décision par laquelle la chambre de l'application des peines refuse d'admettre un condamné au bénéfice de la libération conditionnelle relève des modalités de l'exécution de la peine. Ne pouvant être assimilée à une sanction, elle échappe

en conséquence aux prévisions de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Les dispositions de l'article 712-13 du code de procédure pénale restent alors applicables (Crim., 27 janvier 2016, pourvoi nº 15-84.075, *Bull. crim.* 2016, nº 24).

Section 2. L'impérativité

Le législateur ne précise pas toujours si la règle qu'il édicte est d'ordre public ou supplétive de volonté, si elle relève du fond ou de la forme, si elle vaut à titre de preuve ou à titre de validité. En ce qui concerne plus particulièrement la question de l'impérativité des règles, elle se pose à la Cour de cassation tant dans un contexte interne (§ I) que dans un contexte international (§ II).

§ I. L'impérativité interne

Une chose est de déterminer la nature de la règle, impérative ou supplétive, une autre de déterminer les conséquences de son inobservation. Dans la période récente, la Cour de cassation a été confrontée à la difficulté en matière de contrat de construction de maison individuelle (A). L'ordre public y apparaissait sous sa forme classique. L'ordre public social, à la suite de l'intervention du législateur, soulève des difficultés pour identifier les règles qui en relèvent (B).

A. La portée concrète de la reconnaissance du caractère d'ordre public de l'article L. 230-1 du code de la construction

En créant le contrat de construction de maison individuelle, le législateur a poursuivi un double objectif : améliorer substantiellement la protection du consommateur, établir au bénéfice des constructeurs des règles claires susceptibles de mettre fin à des phénomènes de concurrence déloyale (exposé des motifs du projet de loi nº 298 présenté par Michel Delebarre, ministre de l'équipement, du logement, des transports et de la mer, relatif au contrat de construction de maison individuelle, déposé au Sénat le 15 mai 1990). L'exposé des motifs de la loi précise que « c'est à ce double objectif que répond le présent projet et notamment la disposition qui consiste en l'instauration d'une garantie obligatoire de livraison. Une telle garantie donnera dorénavant la totale assurance à l'acquéreur de disposer d'une maison achevée et habitable et, en outre, d'être indemnisé des préjudices éventuels liés soit à des retards de livraison, soit à des dépassements de coût ».

Au-delà des mécanismes mis en place, le but recherché est d'assurer à l'acquéreur de disposer d'une maison achevée et habitable. Cette finalité a conduit le législateur à exiger que le contrat de construction de maison individuelle comporte diverses « énonciations » à peine de nullité. Ces mentions obligatoires, prévues par l'article L. 231-2 du code de la construction et de l'habitation, portent tant sur des informations relatives à la construction (implantation, consistance et caractéristiques de la construction, coût du bâtiment…) que sur les garanties offertes au maître de l'ouvrage pour pallier les défaillances du constructeur (garanties de remboursement et de livraison, assurance dommages-ouvrage).

Toutes ces règles sont d'ordre public (article L. 230-1 du code de la construction et de l'habitation) et la Cour de cassation a jugé qu'elles constituaient des mesures de protection édictées dans l'intérêt du maître de l'ouvrage, dont la violation est sanctionnée par une nullité relative, susceptible d'être couverte (3e Civ., 6 juillet 2011, pourvoi nº 10-23.438, *Bull.* 2011, III, nº 123). Cet arrêt prévoyant que la nullité était susceptible d'être couverte, on pouvait penser qu'elle le serait par l'exécution même du contrat, démontrant la volonté du maître de l'ouvrage de poursuivre l'opération immobilière nonobstant les vices de forme affectant le contrat. Cette solution a été écartée par la Cour de cassation, qui exige que la renonciation du maître de l'ouvrage soit caractérisée par sa connaissance préalable de la violation des dispositions destinées à le protéger, ce qui exclut qu'un commencement d'exécution du contrat ait, à lui seul, pour effet de couvrir l'irrégularité (3e Civ., 20 novembre 2013, pourvoi nº 12-27.041, *Bull.* 2013, III, nº 149).

Traditionnellement, la nullité, lorsqu'elle est prononcée, entraîne l'anéantissement du contrat, ce qui oblige les parties à des restitutions réciproques.

Dans une vente, contrat instantané, l'acquéreur restituera la chose vendue et le vendeur le prix. Dans un contrat de construction de maison individuelle, contrat à exécution échelonnée, la question est plus complexe, dès lors que l'anéantissement peut aboutir à la démolition de la maison construite et à la remise en état du terrain.

Or, on assistait depuis quelques années à une dérive dans l'usage de la protection accordée au maître de l'ouvrage. Alors que la maison était construite et non affectée de vices, et que seuls des détails de finition étaient en cause, certains maîtres de l'ouvrage n'hésitaient pas à opposer les nullités intrinsèques, purement formelles, du contrat pour ne pas payer les dernières factures. Lorsque la maison était achevée et habitable, cette pratique ne répondait pas à l'objectif poursuivi par le législateur.

Dans un premier temps, la Cour de cassation a jugé que la nullité du contrat de construction de maison individuelle pour violation des règles d'ordre public protectrices du maître de l'ouvrage lui ouvrait le droit de solliciter la démolition de l'ouvrage et la remise en état du terrain sans paiement ni indemnité pour le constructeur au titre des travaux réalisés (3e Civ., 26 juin 2013, pourvoi nº 12-18.121, *Bull.* 2013, III, nº 83). Cette sanction, simple application des règles relatives aux effets de la nullité d'un contrat, était très lourde de conséquences, notamment sur le plan économique.

C'est pourquoi la Cour de cassation a apporté une première limite à cette solution en jugeant « qu'ayant accueilli la demande de démolition, qui n'était pas contestée par [le constructeur], la cour d'appel en a exactement déduit que [celui-ci] ne pouvait prétendre percevoir le coût des travaux réalisés » (3e Civ., 11 décembre 2013, pourvoi nº 12-14.748), ce qui signifiait que la démolition, lorsqu'elle était demandée, ne devait s'appliquer automatiquement que si le constructeur ne s'y opposait pas.

La Cour de cassation a poursuivi cette analyse (3e Civ., 15 octobre 2015, pourvoi nº 14-23.612, *Bull.* 2015, III, nº 97) en imposant aux juges du fond, lorsque le constructeur s'y oppose, de rechercher si la démolition de l'ouvrage constituait une sanction proportionnée à la gravité des désordres et des non-conformités qui l'affectent. Ce faisant, la Cour de cassation a, exerçant son rôle normatif, d'une part, écarté les conséquences attachées traditionnellement à la portée rétroactive de la nullité d'un acte, d'autre part, admis la mise en jeu d'un contrôle de proportionnalité entre la faute et la sanction.

B. L'ordre public social

Dans son étude consacrée à l'ordre public (*Rapport annuel de la Cour de cassation* 2013, p. 195), la Cour de cassation rappelait que le droit du travail connaissait deux catégories d'ordre public :

– l'ordre public de droit commun, absolu, auquel aucune dérogation ne peut être apportée par quiconque ;

– l'ordre public social, qui peut être aménagé notamment par accord collectif à condition que ce soit dans un sens plus favorable.

Si la première catégorie n'a que peu évolué, la seconde, celle de l'ordre public social, a subi des métamorphoses au cours des quatre années qui nous séparent du rapport annuel précité.

L'ordre public social est, comme son nom l'indique, une catégorie spécifique au droit du travail. Il s'agit un ensemble de règles constituant le socle de protection des salariés, auxquelles il peut être dérogé, mais à condition de ne pas diminuer la protection des salariés. Jusqu'à il y a encore quelques années, il était aisé de le déterminer : l'ordre public social, c'était tout simplement toutes les règles applicables en droit du travail, excepté celles qui relevaient de l'ordre public de direction. Mais le législateur a fait évoluer la notion, en décidant de cantonner l'ordre public social à un *corpus* de règles déterminées, afin de donner aux partenaires sociaux dans le cadre d'accords collectifs la possibilité de modifier les autres règles légales, y compris dans un sens moins favorable.

Cette évolution, théorisée dans le rapport de la commission Combrexelle (*La négociation collective, le travail et l'emploi : rapport au Premier ministre, septembre 2015*, DILA, 2015), a été pour la première fois mise officiellement en application dans le cadre de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, sur la matière du temps de travail. Elle s'est poursuivie, quoique de manière moins systématisée, avec les ordonnances du 22 septembre 2017.

La question récurrente est alors de savoir comment distinguer les règles qui relèvent, aujourd'hui, de l'ordre public social, de celles qui n'en font plus partie.

La jurisprudence est sans aucun doute le seul repère réellement accessible pour aider à cette détermination. Les lois successives s'en sont d'ailleurs fortement inspirées. Le plus souvent, la détermination de règles entrant dans la catégorie de l'ordre public social résulte implicitement du régime que lui applique la jurisprudence : règle à laquelle il ne peut être dérogé, sauf dans un sens plus favorable. Une détermination guidée par la nécessité d'assurer aux salariés un socle de droits et de garanties minimum en fonction de principes internationaux, communautaires ou constitutionnels.

On trouve ainsi traditionnellement dans l'ordre public social les règles relatives à la santé et à la sécurité des travailleurs, qui ont pu conduire la chambre sociale à rappeler les garanties à assurer par l'employeur en matière de forfait jours (Soc., 26 septembre 2012, pourvoi n° 11-14.540, *Bull.* 2012, V, n° 250 ; *a contrario*, pour le constat que les garanties sont assurées : Soc., 8 septembre 2016, pourvoi n° 14-26.256, *Bull.* 2016, V, n° 159).

On y trouve également les règles relatives à la représentation du personnel, en application du principe communautaire et constitutionnel de participation. Ces règles

se partagent d'ailleurs très largement entre ordre public absolu (les règles de représentativité syndicale, qui ne peuvent pas être modifiées par accord collectif : Soc., 6 janvier 2011, pourvoi nº 10-18.205, *Bull.* 2011, V, nº 9, par exemple, ou les règles de déroulement des élections : Soc., 13 février 2008, pourvoi nº 07-60.097, *Bull.* 2008, V, nº 37 sur le vote électronique) et ordre public social (par exemple les règles relatives à l'électorat : Soc., 12 décembre 1973, pourvoi nº 73-60.119, *Bull.* 1973, V, nº 653), à la composition des institutions représentatives du personnel : Soc., 8 décembre 2004, pourvoi nº 03-60.484, *Bull.* 2004, V, nº 326, et on y trouve aussi une partie des règles garantissant aux salariés une rémunération minimale en contrepartie du travail réalisé : pour un exemple récent en matière de rémunération des heures supplémentaires, voir Soc., 11 mai 2017, pourvoi nº 16-12.482, publié au *Bulletin*).

On le constate, la jurisprudence sociale intègre fortement la notion d'ordre public social. Pourtant, jusque récemment, les arrêts n'employaient pas le terme d'ordre public social. C'est qu'en effet la notion est purement doctrinale, souvent discutée, et ses contours sont fluctuants (voir à ce sujet la thèse de Florence Canut, *L'ordre public en droit du travail*, Bibliothèque de l'institut André Tunc, 2007) et qu'en réalité elle est née par la définition de son régime, notamment par un avis du Conseil d'État de 1973 affirmant que « les dispositions législatives ou réglementaires prises dans le domaine [du droit du travail] présentent un caractère d'ordre public en tant qu'elles garantissent aux travailleurs des avantages minimaux […]. Mais ne font pas obstacle à ce que ces garanties ou avantages soient accrus » (CE, Ass., Avis du 22 mars 1973, *Les grands avis du Conseil d'État*, 2e éd., *Dalloz* 2002).

Or, par l'effet de l'évolution législative, qui diminue le champ de l'ordre public social et appelle donc à en déterminer les contours, la jurisprudence a dû accepter d'être plus explicite dans ce qui demeure aujourd'hui de l'ordre de l'ordre public social. Elle pourrait dès lors, dans l'avenir, se référer plus explicitement à cette notion. On trouve d'ailleurs la référence à l'ordre public social dans une réponse de la Cour de cassation à une question prioritaire de constitutionnalité portant sur la jurisprudence applicable en matière de rémunération des heures supplémentaires dues à un salarié à temps partiel :

« […] la portée ainsi donnée aux dispositions légales contestées ne fait que traduire la conciliation voulue par le législateur entre, d'une part, la liberté contractuelle et la liberté d'entreprendre, et, d'autre part, l'intérêt général et l'ordre public social » (Soc., 10 juillet 2014, QPC nº 14-40.024, *Bull.* 2014, V, nº 198).

Il ne peut ainsi être exclu que, plus cantonnée, la notion soit plus présente dans la jurisprudence future de la chambre sociale.

§ II. L'impérativité internationale : la protection de l'agent commercial

L'impérativité en droit international privé s'entend des lois de police, des lois intéressant l'ordre public et aussi des principes d'ordre public international. En particulier, la loi de police est une « règle d'application nécessaire » qui fait échec à la mise en œuvre de la règle de conflit de lois. Elle ne suppose pas la détermination préalable de la loi applicable, laquelle s'agissant d'un contrat d'agence commerciale international, s'effectue conformément au choix des parties, exprès ou résultant de leur volonté implicite recherchée souverainement par les juges du fond, et des dispositions de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaire et à la

représentation ainsi que du règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008, du Parlement européen et du Conseil, sur la loi applicable aux obligations contractuelles (dit règlement « Rome I »), qui a remplacé la convention de Rome du 19 juin 1980 (Com., 27 avril 2011, pourvoi n° 09-72.304).

Ainsi, lorsqu'une loi de police existe dans l'ordre du for, ou, dans des conditions très restrictives, dans un ordre juridique étranger, et s'avère applicable à la situation en cause en fonction de sa localisation, notamment territoriale, le juge l'applique immédiatement. En effet, « les lois de police sont des règles impératives qui, en raison de leur rôle dans l'organisation politique, sociale ou économique du pays, sont rendues applicables même si elles n'appartiennent pas à l'ordre juridique normalement compétent » (P. Mayer, Rép.dr. *int.*, Lois de police).

La notion de loi de police, dont il a été dit qu'elle constituait l'une des questions les plus controversées au cours des quarante dernières années (T. Vignal, *Droit international privé*, Sirey, 3e éd., 2014, n° 64), demeure malaisée à déterminer (*Étude* 2017 de la Cour de cassation, « Le juge et la mondialisation », p. 262 à 269).

Selon la définition classique, une loi de police est une loi dont l'observation est considérée comme absolument nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique d'un pays (Ph. Francescakis, « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflits de lois », *Rev. crit. DIP*, 1996).

L'article 9, § 1, du règlement dit « Rome I » reprend une définition similaire : « Une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application. » Les termes de ces dispositions, en particulier l'emploi de l'adjectif « crucial », confirment le caractère tout à fait exceptionnel des lois de cette nature.

Parmi les distributeurs, l'agent commercial a, de tout temps, bénéficié d'une protection particulière dont l'origine est jurisprudentielle, la Cour de cassation ayant d'abord admis, sur le fondement des usages du commerce (*Req.*, 8 avril 1857, *D. P.* 1858, 1, p. 134), qu'il pouvait être indemnisé à raison de sa contribution au développement de la clientèle du commettant, qui la conservait après la cessation de leurs relations, puis en créant la théorie du mandat d'intérêt commun afin d'éviter une révocation unilatérale du contrat par le mandant à son détriment (Civ., 11 février 1891, *DP* 1891, 1, p. 197). Le décret du 23 décembre 1958 relatif aux agents commerciaux vint ensuite conforter cette situation en instituant le premier statut d'agent commercial.

De même, en droit européen, la directive 86/653/CEE du Conseil du 18 décembre 1986 relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants, transposée par la loi n° 91-593 du 25 juin 1991 relative aux rapports entre les agents commerciaux et leurs mandants, et codifiée aux articles L. 134-1 et suivants du code de commerce, a eu, notamment, pour objectif de remédier à l'atteinte portée au niveau de protection de ces professionnels par les différences existant entre les législations nationales, en instaurant un statut européen de l'agence commerciale. L'agent commercial disposant ainsi d'un statut protecteur réglementé, la question s'est posée de savoir si les dispositions codifiées de la loi du 25 juin 1991 précitée le régissant constituaient une loi de police.

La réponse à cette question n'est pas simple puisque, à la délicate identification des lois présentant ces caractéristiques dans l'ordre juridique, s'ajoute l'absence de disposition de droit international privé comme de définition de son champ d'application dans la loi du 25 juin 1991 précitée. Sur ce point, la majorité de la doctrine a opté pour l'existence d'une loi de police, soit intégralement en raison de la finalité de protection de l'agent commercial de la loi de 1991 précitée, soit, à tout le moins, s'agissant de toutes les dispositions d'ordre public qu'elle prévoit à l'article L. 134-16 du code de commerce, auxquelles il est interdit de déroger conventionnellement.

Cependant, la notion de loi de police est distincte de celle de loi d'ordre public, laquelle n'a ni le même sens ni la même fonction en droit interne et en droit international privé (*Étude* 2017, « Le juge et la mondialisation », p. 262).

En outre, il ne suffit pas qu'une loi instaure des règles protectrices, qui dans l'ordre interne sont d'ordre public, pour qu'elle relève de la catégorie des lois de police et la protection de l'agent commercial par ce texte, pour légitime qu'elle soit, mais d'intérêt particulier, ne semble pas forcément de nature à apparaître comme absolument nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique de l'État.

La Cour de cassation n'a pas adopté la même solution que la doctrine dominante, tant sous l'empire du droit antérieur à la loi du 25 juin 1991 précitée (Com., 19 janvier 1976, pourvoi nº 74-13.885, *Bull.* 1976, IV, nº 20), qu'ultérieurement dans un arrêt dit « société Allium contre société Groupe inter parfums » (Com., 28 novembre 2000, pourvoi nº 98-11.335, *Bull.* 2000, IV, nº 183).

Dans cette dernière espèce, une société de droit californien avait, avant l'entrée en vigueur des Conventions de Rome et de La Haye, conclu un contrat d'agence commerciale avec une société française pour la distribution exclusive en Europe et en Israël des parfums qu'elle commercialisait en vertu d'une licence mondiale, les parties ayant choisi de le soumettre à la loi de l'État de New York. Après la résiliation du contrat par la société qui l'avait repris, l'agent commercial a engagé une action pour obtenir le paiement de l'indemnité de cessation de contrat prévue à l'article 12 de la loi 25 juin 1991 précitée (devenu L. 134-12 du code de commerce). La cour d'appel de Paris, se fondant sur le principe d'autonomie contractuelle en droit international privé, n'a pas fait droit à cette demande, en retenant que la loi de l'État de New York, qui régissait le contrat, ne connaissait pas l'attribution d'une indemnité de rupture.

La chambre commerciale de la Cour de cassation a rejeté le pourvoi de l'agent en jugeant : « Mais attendu que la loi du 25 juin 1991, codifiée dans les articles L. 134-1 et suivants du code de commerce, loi protectrice d'ordre public interne, applicable à tous les contrats en cours à la date du 1er janvier 1994, n'est pas une loi de police applicable dans l'ordre international » (Com., 28 novembre 2000, pourvoi nº 98-11.335, préc.; notes L. Bernardeau, *JCP* 2001, éd. E, p. 997, J.-M. Jacquet, *RTD com.* 2001, p. 1067 ; C. Nourissat, *LPA* 22 juin 2001, nº 124, p. 10).

Quelque temps auparavant, la Cour de justice des Communautés européennes avait pris une position différente dans l'arrêt « Ingmar GB Ltd contre Eaton Leonard Technologies », rendu le 9 novembre 2000 (CJUE, Ingmar GB, arrêt du 9 novembre 2000, C-381/98). Saisie sur renvoi préjudiciel d'une juridiction britannique, dans le cadre d'un litige similaire qui opposait un agent commercial ayant exercé son activité dans un État membre en vertu d'un contrat conclu avec un commettant établi en Californie stipulant

qu'il serait soumis à la loi de cet État, de la question de l'application des articles 17 et 18 de la directive 86/653/CEE du Conseil du 18 décembre 1986 précitée garantissant certains droits à l'agent commercial après la cessation du contrat, la Cour de justice des Communautés européennes a jugé que ces dispositions devaient trouver application « dès lors que l'agent commercial a exercé son activité dans un État membre et alors même que le commettant est établi dans un pays tiers et que, en vertu du contrat, ce dernier est régi par la loi de ce pays ».

Depuis lors, à l'exception d'une seule décision, les cours d'appel qui ont statué dans des litiges similaires, ont suivi la position de la Cour de cassation dans des arrêts rendus entre 2010 et 2017, qui ne lui ont pas été déférés.

Un arrêt de la cour d'appel de Nancy du 9 octobre 2013 a, néanmoins, fait l'objet d'un pourvoi formé par un agent commercial ayant donné lieu à un arrêt de rejet partiel rendu le 5 janvier 2016 par la chambre commerciale de la Cour de cassation, non publié au *Bulletin*, qui a, certes, repris la formulation de l'arrêt du 28 novembre 2000 mais dans un contexte factuel et procédural différent (Com., 5 janvier 2016, pourvoi n° 14-10.628 ; *Contrats, conc. consom*. 2016, comm. 64, obs. N. Mathey). Dans cette affaire, le contrat d'agence commerciale conclu entre une société et une personne physique, domiciliées en France, portait sur la représentation et la commercialisation, à titre exclusif, sur le territoire allemand des produits de la mandante et était expressément soumis au droit allemand. Après le non-renouvellement du contrat par la société mandante, l'agent a réclamé le paiement de diverses sommes dont une indemnité de rupture. Le tribunal de commerce a statué selon le droit français, l'application de la clause désignant la loi allemande n'ayant pas été soulevée. En seconde instance, la mandante s'étant prévalue de cette clause, la cour d'appel, après avoir déclaré ce moyen recevable, a retenu l'application de la loi allemande et indemnisé l'agent commercial selon les dispositions de celle-ci.

Ce n'est que devant la Cour de cassation, au soutien de l'un des moyens de cassation de son pourvoi, que l'agent commercial a critiqué l'application du droit allemand en faisant grief à la cour d'appel d'avoir privé sa décision de base légale au regard de l'article 3 du code civil, faute d'avoir recherché si la loi française régissant le statut des agents commerciaux n'était pas impérative.

Il importe cependant de souligner que l'agent s'était seulement borné devant la cour d'appel à contester la recevabilité du moyen nouveau tiré de l'application de la loi allemande, sans lui demander d'effectuer la recherche invoquée, et sans se référer ni se prévaloir de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, ce qu'il n'a pas davantage fait à l'appui de son pourvoi.

À cet égard, le contexte juridique en cause était aussi distinct de celui de l'arrêt « Ingmar », puisqu'il s'agissait ici d'un litige intracommunautaire entre deux législations, allemande et française, ayant l'une et l'autre transposé les mêmes dispositions de la directive 86/653/CEE du 18 décembre 1986 précitée, litige pour lequel la Cour de justice de l'Union européenne, dans l'arrêt « Unamar » rendu le 17 octobre 2013, précise les conditions dans lesquelles les juridictions d'un État membre peuvent faire échec à l'application d'une loi de transposition d'un autre État membre. Dans cette affaire, le contrat d'agence commerciale, qui liait la société Unamar en tant qu'agent à la société Navigation Maritime Bulgare en qualité de commettant, prévoyait qu'il était régi par le droit bulgare.

La société Unamar s'étant pourvue en cassation contre un arrêt de la cour d'appel d'Anvers, qui avait estimé que la loi interne relative au contrat d'agence commerciale n'était pas d'ordre public et ne relevait pas non plus de l'ordre public international belge au sens de l'article 7 de la Convention de Rome et que le droit bulgare choisi par les parties offrait à l'agent la protection prévue par la directive 86/653/CEE du 18 décembre 1986 précitée, le Hof van Cassatie ayant une position contraire a saisi la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle sur les conditions dans lesquelles les juridictions d'un État membre pouvaient faire échec à l'application d'une loi de transposition de la directive 86/653/CEE d'un autre État membre.

La Cour de justice de l'Union européenne, après avoir précisé la qualification de dispositions nationales de lois de police et de sûreté par un État membre (point 47) conformément au libellé de l'article 9, § 1, du règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 « Rome I » précité (point 48), a relevé que celle-ci était d'interprétation stricte (point 49). Elle a ensuite spécifié les éléments d'appréciation du caractère de loi de police de la loi nationale susceptible d'être substituée à celle des parties au contrat en tenant compte « non seulement des termes précis de cette loi, mais aussi de l'économie générale et de l'ensemble des circonstances dans lesquelles ladite loi a été adoptée pour pouvoir en déduire qu'elle revêt un caractère impératif » et notamment d'un caractère plus protecteur que celui prévu par la directive de la loi de transposition du for, « un tel cas pourrait être celui où la transposition dans l'État du for offre, par une extension du champ d'application d'une directive ou par le choix d'une utilisation plus étendue de la marge d'appréciation laissée par celle-ci, une protection plus grande des agents commerciaux en vertu de l'intérêt particulier que l'État membre accorde à cette catégorie de ressortissants ».

Ainsi, la Cour de justice a dit pour droit : « Les articles 3 et 7, paragraphe 2, de la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980, doivent être interprétés en ce sens que la loi d'un État membre de l'Union européenne qui satisfait à la protection minimale prescrite par la directive 86/653/CEE du Conseil du 18 décembre 1986, relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants, choisie par les parties à un contrat d'agence commerciale, peut être écartée par la juridiction saisie, établie dans un autre État membre, en faveur de la *lex fori* pour un motif tiré du caractère impératif, dans l'ordre juridique de ce dernier État membre, des règles régissant la situation des agents commerciaux indépendants uniquement si la juridiction saisie constate de façon circonstanciée que, dans le cadre de cette transposition, le législateur de l'État du for a jugé crucial, au sein de l'ordre juridique concerné, d'accorder à l'agent commercial une protection allant au-delà de celle prévue par ladite directive, en tenant compte à cet égard de la nature et de l'objet de telles dispositions impératives » (CJUE, arrêt du 17 octobre 2013, Unamar, C-184/12, point 50).

Par ailleurs, dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt précité de la Cour de cassation du 5 janvier 2016 (pourvoi n° 14-10.628), compte tenu de l'exécution exclusive du contrat en Allemagne, ce lieu était susceptible d'entraîner l'applicabilité éventuelle de la loi allemande en tant que loi de police, interne ou communautaire, et donc identique à celle choisie par les parties, tous ces éléments n'ayant pas été invoqués et soutenus par l'agent commercial devant la Cour de cassation. C'est pourquoi la portée de cet arrêt n'apparaît pas, à l'égard de l'impérativité en la matière, significative d'une position définitive de la Cour de cassation dans l'exercice de son rôle normatif, laquelle pourrait être encore en devenir sur ce point.

TITRE 3. LES CONTRAINTES DANS L'ÉLABORATION DE LA NORME

Le rôle normatif de la Cour de cassation est singulier. Il présente des caractéristiques propres et n'est évidemment pas l'égal de celui du législateur. Son exercice est soumis à diverses contraintes, à commencer par celles qui dérivent de sa place au sein des institutions de la République et de la procédure suivie devant elle.

La Cour de cassation demeure une juridiction liée par le principe dispositif. Elle est seulement invitée à répondre aux moyens qui lui sont présentés. Même si elle parvient parfois à s'en extraire sensiblement par la technique de l'*obiter dictum*, son œuvre normative est, pour l'essentiel, le reflet de sa saisine. Les contraintes qui pèsent sur la Cour de cassation sont plus moins ou fortes et offrent une résistance contrastée. Il est plus simple de cantonner le pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond en transformant une question de fait en question de droit et de contourner la formulation restrictive d'un pourvoi par un relevé d'office que d'échapper à une loi par laquelle le législateur entend clairement briser une jurisprudence ou à la justice européenne (Cour de justice de l'Union européenne et Cour européenne des droits de l'homme).

C'est au demeurant sous cette double perspective, nationale (chapitre 1) et supranationale (chapitre 2), que seront envisagées les contraintes dans l'élaboration de la norme.

Chapitre 1. Les contraintes nationales

Dans un contexte national d'application du droit, la Cour de cassation doit composer avec le pouvoir normatif du législatif et de l'exécutif d'une part (section 1), et avec l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel d'autre part (section 2).

Section 1. Le pouvoir législatif et le pouvoir réglementaire

Le pouvoir d'élaborer une règle de droit, non seulement pour la résolution d'une affaire particulière, mais encore pour l'ensemble des affaires présentant des caractéristiques similaires est l'une des manifestations les plus remarquables du rôle normatif de la Cour de cassation. Cependant, il n'est pas identique à celui du législateur et la Cour de cassation reconnaît parfois que ce qui lui est demandé dépasse son pouvoir d'interpréter la loi et de créer la norme. C'est alors au législateur et à lui seul d'intervenir (§ I) et, s'il est intervenu, la Cour de cassation rappelle parfois que le juge doit s'en tenir aux prescriptions qu'il a énoncées sans ajouter d'autres conditions (§ II). Les arrêts rendus dans ces circonstances interpellent plus ou moins directement le législateur. Par des canaux inégalement institutionnalisés, un dialogue s'instaure entre la Cour de cassation et le législateur (§§ III et IV).

§ I. Les limites au pouvoir d'interprétation de la loi

Appartient-il au juge de créer une nouvelle catégorie juridique à l'état civil, s'ajoutant aux deux catégories existantes, « masculin » et « féminin » ? C'est à cette question qu'a répondu la Cour de cassation dans un arrêt du 4 mai 2017 (1re Civ., 4 mai 2017, pourvoi nº 16-17.189, publié au *Bulletin ; Rapport* 2017, p. 141).

La première chambre civile de la Cour de cassation a en effet été saisie d'une demande d'inscription de la mention « sexe neutre » ou « intersexe » sur un acte de naissance.

Le demandeur au pourvoi, né en 1951, avait été inscrit sur les registres de l'état civil comme étant de sexe masculin. À l'âge de soixante-trois ans, il demandait la rectification de son acte de naissance, afin que soit inscrite la mention « sexe neutre » ou « intersexe » au lieu de « sexe masculin ». Il faisait valoir qu'il était né avec une variation des caractéristiques sexuelles, rendant impossible la détermination de son sexe à la naissance, et qu'il n'avait connu aucun développement sexuel, de sorte qu'il ne pouvait être identifié ni comme homme ni comme femme.

Le tribunal de grande instance de Tours avait accueilli sa demande et ordonné que soit substituée, dans son acte de naissance, la mention « sexe : neutre » à la mention « de sexe masculin », après avoir constaté que son rattachement à un sexe ou l'autre était impossible, de sorte que le sexe qui lui avait été assigné à sa naissance apparaissait comme une « pure fiction » : « ni les médecins, ni l'entourage de M. X, pas plus que lui-même, ne peuvent affirmer que le sexe masculin que l'officier d'état civil a mentionné à sa naissance corresponde à une réalité quelconque, pas plus d'ailleurs que ne l'aurait été le sexe féminin [...]. Tout démontre en l'espèce [...] l'impossibilité de définir le sexe de M. X d'un point de vue génital, hormonal et surtout psychologique [...] » (TGI Tours, 20 août 2015).

Sur appel du procureur général près la cour d'appel d'Orléans, l'arrêt attaqué a infirmé ce jugement. La cour d'appel a, comme les premiers juges, constaté qu'il résultait des pièces médicales produites que, lors du développement fœtal, la différenciation sexuelle n'avait pas abouti, de sorte que le demandeur présentait, dès la naissance, un développement sexuel chromosomique, gonadique et anatomique atypique, les marqueurs de la différenciation sexuelle n'étant pas clairement masculins ou féminins. Elle a ajouté qu'en l'absence de production d'hormone sexuelle, aucun caractère sexuel secondaire n'était apparu, ni de type masculin ni de type féminin, « le bourgeon génital embryonnaire ne s'étant jamais développé, ni dans un sens ni dans l'autre » et qu'il en résultait que, si M. X disposait d'un caryotype XY, c'est-à-dire masculin, il présentait indiscutablement une ambiguïté sexuelle. Elle a néanmoins rejeté la requête au motif qu'aucun texte ne permettait de faire figurer une autre mention que « sexe masculin » ou « sexe féminin » sur les actes de l'état civil, même en cas d'ambiguïté sexuelle : « en l'état des dispositions législatives et réglementaires en vigueur, il n'est pas envisagé la possibilité de faire figurer, à titre définitif, sur les actes d'état civil une autre mention que sexe masculin ou sexe féminin, même en cas d'ambiguïté sexuelle. [...] admettre la requête de M. X reviendrait à reconnaître, sous couvert d'une simple rectification d'état civil, l'existence d'une autre catégorie sexuelle, allant au-delà du pouvoir d'interprétation de la norme du juge judiciaire et dont la création relève de la seule appréciation du législateur » (CA Orléans, 22 mars 2016, RG nº 15/03281).

Devant la Cour de cassation, le demandeur au pourvoi faisait valoir, notamment, qu'aucun texte n'interdisait l'inscription d'un « troisième » sexe à l'état civil et que, dans le silence des textes, cette mention devait être possible. Il rappelait que l'article 57 du code civil impose seulement que l'acte de naissance énonce « le sexe de l'enfant », sans prévoir de liste limitative des sexes pouvant être mentionnés pour son application.

Mais la Cour de cassation a constaté, comme la cour d'appel, que la loi française ne permettait pas de faire figurer, dans les actes de l'état civil, l'indication d'un sexe autre que masculin ou féminin. En effet, s'il est exact que l'article 57 du code civil, qui prévoit que le sexe doit obligatoirement être inscrit dans l'acte de naissance, ne précise pas de quelle mention il s'agit, la binarité des sexes se retrouve dans de nombreuses dispositions législatives qui évoquent « l'un ou l'autre sexe » (par exemple, l'article 388 du code civil définissant le mineur comme « l'individu de l'un ou l'autre sexe » qui n'a point encore l'âge de dix-huit ans accomplis) ou les « deux sexes » (tel l'article L. 131-1 du code de l'éducation, qui dispose que l'instruction est obligatoire pour les enfants « des deux sexes » entre six ans et seize ans).

Dès lors, la reconnaissance, par le juge, d'une mention de « sexe neutre » aurait eu des répercussions profondes sur les règles du droit français construites à partir de la binarité des sexes.

En l'état, seule la circulaire du 28 octobre 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation (NOR : JUSC1119808C), envisage la situation des enfants dont l'identité sexuelle ne peut être déterminée à la naissance, en permettant de différer la mention du sexe, à titre exceptionnel et avec l'accord du procureur de la République, si ce sexe peut être déterminé définitivement, dans un délai d'un ou deux ans. Mais la mention du sexe est alors simplement retardée, aucun texte n'autorisant une dispense définitive.

Ainsi, alors que le législateur a permis récemment, par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle, de modifier la mention du sexe dans les actes de l'état civil, pour les transsexuels, il n'a pas, à cette occasion, envisagé la création d'une mention « sexe neutre » à l'état civil. En effet, les nouveaux textes ne permettent le changement à l'état civil que pour l'une ou l'autre des deux catégories existantes et ne comportent aucune disposition relative à l'intersexualité.

On observera également qu'en droit comparé, aucun État européen ne permet, à ce jour, de faire figurer une mention de sexe « neutre » ou « intersexe » dans les actes de naissance, même si, en Allemagne, la Cour constitutionnelle fédérale a reconnu récemment, dans une décision du 8 novembre 2017, la nécessité de faire figurer, dans les registres de naissance, une troisième case « inter » ou « divers », laissant au législateur un délai jusqu'au 31 décembre 2018 pour légiférer. En dehors de l'Europe, seuls quelques États ont admis la création d'une troisième catégorie à l'état civil, notamment l'Australie, la Nouvelle-Zélande, l'Inde, le Népal, la Californie.

En toute hypothèse, aucun « consensus européen » ne se dessine encore, à ce jour, pour un abandon de la binarité des sexes à l'état civil, ce qui laissait au juge national une certaine marge d'appréciation dans son examen de la conventionnalité du cadre juridique posé (sur cette question, voir *infra* partie 2, titre 3, chapitre 1, section 2). C'est ainsi qu'après avoir examiné la conventionnalité tant abstraite que concrète – propres aux circonstances de l'espèce – de ce dispositif, la Cour de cassation a rejeté le moyen

pris de la violation de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

La difficulté et l'ampleur de la question, mais également l'influence de la décision sur le *corpus* législatif existant, imposaient de laisser au législateur, auquel la haute juridiction n'entend pas se substituer, l'initiative d'une éventuelle réforme en la matière.

§ II. Le respect de la loi comme motivation

Le pouvoir d'interprétation du juge se heurte parfois, au moins formellement, à la volonté claire et précise du législateur. Celle-ci n'étant jamais tout à fait précise, ni tout à fait claire, la Cour de cassation n'est pas étrangère à la construction de cette limite au rôle créateur de la jurisprudence, ce qu'illustrent la question du consentement du conjoint au cautionnement donné par l'autre époux (A) et le contentieux du préavis réduit au bénéfice du preneur d'un bail à usage d'habitation (B).

A. Le consentement du conjoint au cautionnement donné par l'autre époux

Dans certains cas, la Cour de cassation refuse de créer une nouvelle norme au motif qu'aucune disposition législative ou réglementaire ne l'impose.

Tel a été le cas de la décision de la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation de ne pas imposer au banquier dispensateur de crédit un devoir d'information ou de mise en garde au bénéfice du conjoint commun en biens qui, en application de l'article 1415 du code civil, donne son consentement à l'acte de cautionnement souscrit par son époux (Com., 9 février 2016, pourvoi n° 14-20.304, *Bull.* 2016, IV, n° 23).

Aux termes de ce texte – propre au régime matrimonial de la communauté légale, ainsi qu'à celui de la communauté universelle selon l'article 1497 du code civil – « chacun des époux ne peut engager que ses biens propres et ses revenus, par un cautionnement ou un emprunt, à moins que ceux-ci n'aient été contractés avec le consentement exprès de l'autre conjoint qui, dans ce cas, n'engage pas ses biens propres. » S'il doit être exempt d'ambiguïté (1re Civ., 17 février 1998, pourvoi n° 96-12.763, *Bull.* 1998, I, n° 63), ce consentement n'est soumis à aucun formalisme particulier, même probatoire (il n'est ainsi pas soumis aux exigences de l'article 1326 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016 : 1re Civ., 13 novembre 1996, pourvoi n° 94-12.304, *Bull.* 1996, I, n° 392), une mention « Bon pour accord » suivie de la signature du conjoint étant généralement apposée sur l'acte de cautionnement. Aucun texte, ni jurisprudence n'exigent ainsi que le conjoint appose une formule permettant de s'assurer qu'il a compris la portée de son consentement à l'acte.

Alors que c'est ce consentement qui conduit les biens communs à entrer dans le périmètre du droit de gage du créancier et est, dès lors, susceptible d'engendrer un risque d'endettement excessif pour les époux, parfois plus important que celui résultant du seul engagement de la caution, son auteur ne bénéficie pas des dispositions protectrices offertes, en raison des risques encourus, à la caution tant par la loi (mentions manuscrites prévues par les articles L. 341-2, devenu L. 331-1, et L. 341-3, devenu L. 331-2, du code de la consommation, sanction de la disproportion prévue par les articles L. 341-4, devenu L. 332-1 et L. 343-4, du même code de la consommation, informations légales

lors de la souscription et en cours d'exécution du contrat…) que par la jurisprudence (régime de responsabilité du banquier pour défaut de mise en garde ou pour cautionnement disproportionné, nullité du cautionnement en cas de réticence dolosive).

Pour approuver le refus, par la décision attaquée, de reconnaître l'existence d'une obligation d'information ou de mise en garde de la part de la banque bénéficiaire du cautionnement à l'égard du conjoint ayant consenti à cet acte, la chambre commerciale, financière et économique, dans l'arrêt du 9 février 2016 précité, souligne qu'aucune disposition législative ou réglementaire n'impose au créancier bénéficiaire du cautionnement de fournir des informations ou une mise en garde au conjoint de son cocontractant, préalablement à son consentement exprès.

C'est pourtant bien de manière prétorienne, qu'elle a, avec la première chambre civile, sur le fondement des dispositions très générales de l'article 1147 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016, imposé au banquier dispensateur de crédit un devoir de mise en garde de l'emprunteur et de la caution (Ch. mixte, 29 juin 2007, pourvoi nº 05-21.104, *Bull.* 2007, Ch. mixte, nº 7 ; Com., 10 mars 2009, pourvoi nº 08-10.721) ou de ne pas accepter un cautionnement manifestement disproportionné (Com., 17 juin 1997, pourvoi nº 95-14.105, *Bull.* 1997, IV, nº 188). Un tel fondement ne pouvait cependant pas s'appliquer en l'espèce, la chambre commerciale, financière et économique ajoutant, avant d'approuver la décision de la cour d'appel, que le consentement du conjoint au cautionnement donné par son époux, en application de l'article 1415 du code civil, n'a pas eu pour effet de lui conférer la qualité de partie à l'acte.

Certes, il aurait pu être envisagé que de telles obligations soient créées sur le fondement d'une interprétation créatrice de l'article 1415 du code civil prévoyant un consentement « exprès ». Alors que ce texte ne vise que les cas de l'emprunt et du cautionnement, la Cour de cassation en a étendu le champ d'application à l'aval d'un effet de commerce (Com., 4 février 1997, pourvoi nº 94-19.908, *Bull.* 1997, IV, nº 39 ; 1re Civ., 25 novembre 2003, pourvoi nº 02-12.942, *Bull.* 2003, I, nº 236) et à la garantie à première demande (1re Civ., 20 juin 2016, pourvoi nº 04-11.037, *Bull.* 2016, I, nº 313). Cependant, une telle lecture n'a pas été retenue, la chambre commerciale estimant sans doute qu'elle excédait son pouvoir d'interprétation d'un tel texte en l'absence de toute autre disposition législative ou réglementaire.

De plus, il est possible de se demander si ce refus de créer une nouvelle norme, au motif que la loi ne l'impose pas, ne constitue pas un signe de prudence, face aux difficultés que peut provoquer, pour les parties, l'application rétroactive de la jurisprudence (« Les revirements de jurisprudence ne vaudront-ils que pour l'avenir ? », Entretien avec Guy Canivet, premier président de la Cour de cassation, et Nicolas Molfessis, professeur à l'université Panthéon-Assas, *Revue procédures* 2004, entretien 1), à moins qu'il ne s'agisse d'une manière de pointer ainsi une lacune des textes afin de laisser le soin au législateur, s'il l'estimait nécessaire, de la combler.

B. La jurisprudence relative au préavis réduit au bénéfice du preneur d'un bail à usage d'habitation

Les baux d'habitation sont régis par la loi nº 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi nº 86-1290 du 23 décembre 1986.

En vertu de l'article 12 de cette loi, le locataire peut résilier le contrat de location à tout moment. Mais il doit respecter un délai de préavis, dont les conditions de forme et de délai sont prévues par l'article 15.

Ce délai est en principe de trois mois. Mais il est susceptible d'être réduit à un mois dans un certain nombre de cas, limitativement énumérés, qui étaient, avant l'entrée en vigueur de la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, les suivants :

– obtention d'un premier emploi, de mutation, de perte d'emploi ou de nouvel emploi consécutif à une perte d'emploi ;

– locataires âgés de plus de soixante ans et dont l'état de santé justifie un changement de domicile ;

– bénéficiaires du revenu minimum d'insertion ou du revenu de solidarité active.

Parmi ces circonstances, la mutation et la perte d'emploi ont généré un contentieux abondant qui a conduit la Cour de cassation à définir peu à peu le contour de ces notions.

Elle veille, à cet égard, à ce que ces exceptions reçoivent leur pleine et entière application, sans que leur mise en œuvre ne soit subordonnée par les juges du fond à des conditions qui ne sont pas expressément prévues par le texte. C'est ainsi que dans un arrêt du 19 septembre 2012, elle a censuré un jugement qui avait refusé de faire application du délai de préavis réduit à des locataires en dépit du licenciement dont ils avaient fait l'objet, au motif qu'ils n'établissaient pas avoir quitté la région, en ces termes : « qu'en statuant ainsi, le tribunal, qui a ajouté à la loi une condition qu'elle ne comporte pas, a violé le texte susvisé » (3e Civ., pourvoi n° 11-30.369, *Bull.* 2012, III, n° 125).

On comprend, il est vrai, l'idée sous-jacente du jugement de première instance : les hypothèses de préavis réduit sont justifiées, notamment, par l'idée que le locataire doit pouvoir quitter son logement à court terme pour être rapidement mobile par rapport au lieu de son emploi. Cependant le texte ne prévoit aucune condition autre que celle de la « perte d'emploi » et ne subordonne notamment pas son application à la nécessité d'un éloignement géographique. Ajoute donc à la loi une condition qu'elle ne comporte pas le tribunal qui retient que le locataire qui donne congé en justifiant de son licenciement ne peut prétendre au bénéfice de ce délai abrégé s'il n'établit pas avoir quitté la région.

C'est ce que rappelle la Cour de cassation dans cet arrêt de principe, qui en comporte tous les signes : arrêt de cassation, rendu en formation de section, publié, comportant un chapeau rappelant les dispositions légales et doté d'un conclusif ferme. Les juges du fond doivent faire application des exceptions prévues par le texte et ne peuvent ajouter une condition relative à un éventuel éloignement géographique que la loi ne prévoit pas. En d'autres termes, ils doivent faire application des cas prévus par le texte sans pouvoir apprécier, au cas d'espèce, si l'application d'un préavis réduit leur paraît justifiée. Au demeurant, les motifs pour lesquels un locataire qui perd son emploi peut avoir besoin de se libérer rapidement de son logement ne sont pas limités au cas où il doit s'éloigner géographiquement : il doit pouvoir se libérer rapidement des charges d'un logement qui ne correspond plus à ses nouvelles conditions d'existence, financières par exemple.

C'est dans ces mêmes termes que la Cour de cassation avait déjà affirmé que la condition de mutation prévue par le texte ne saurait être subordonnée au fait que la nouvelle activité professionnelle implique un éloignement géographique (3e Civ., 20 juillet 1994, pourvoi no 92-18.450, *Bull.* 1994, III, no 151) ou un changement de domicile dans une autre ville (3e Civ., 22 octobre 2003, pourvoi no 02-15.627, *Bull.* 2003, III, no 179) ou encore que le bénéfice du préavis d'un mois fondé sur la perception du revenu de solidarité active ne saurait être conditionné par la justification par la locataire de la perte de son emploi (3e Civ., 19 octobre 2017, pourvoi no 16-22.812).

La Cour de cassation a également dû interpréter ces dispositions à l'aune des évolutions sociales et législatives survenues postérieurement à leur entrée en vigueur.

La rupture conventionnelle du contrat de travail a été créée par la loi no 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail ; elle suppose l'accord du salarié. Pouvait-elle s'analyser en une « perte d'emploi » au sens de l'article 15 de la loi du 6 juillet 1989 précitée ouvrant droit à un délai de préavis réduit ?

La Cour de cassation a répondu par l'affirmative, dans un arrêt qui, bien que de rejet, n'en est pas moins de principe, puisqu'elle a approuvé une cour d'appel d'avoir « exactement retenu que la rupture conventionnelle du contrat de travail constituait une perte d'emploi au sens de l'article 15 de la loi du 6 juillet 1989 » (3e Civ., 9 juin 2016, pourvoi no 15-15.175, *Bull.* 2016, III, no 175).

La Cour de cassation s'est donc ainsi efforcée de conférer leur pleine efficacité aux cas de préavis réduit prévus par le texte. Mais elle fait également œuvre de jurisprudence en imposant, à l'inverse, une interprétation stricte des cas de préavis réduit, afin d'éviter que l'exception ne devienne le principe.

C'est ainsi qu'elle retient que la perte d'emploi ou la mutation ne s'applique pas à une activité libérale (3e Civ., 16 mars 1994, pourvoi no 92-15.816, *Bull.* 1994, III, no 51), ni à un locataire qui n'est pas salarié (3e Civ., 18 juin 2002, pourvoi no 01-01.040), ni à la rupture d'une promesse d'embauche (3e Civ., 2 décembre 2003, pourvoi no 02-14.411, *Bull.* 2003, III, no 217), qu'elle doit concerner personnellement le titulaire du bail et non la personne vivant avec lui, sauf s'il s'agit de deux conjoints cotitulaires du bail (3e Civ., 21 mars 1990, pourvoi no 88-19.339), que la seule crainte de perdre son emploi n'ouvre pas droit au préavis réduit (3e Civ., 21 juillet 1999, pourvoi no 97-21.043, *Bull.* 1999, III, no 184), pas davantage que la seule absence d'emploi (3e Civ., 4 avril 2001, pourvoi no 99-15.451, *Bull.* 2001, III, no 42), même si elle est due à une période de chômage (3e Civ., 24 mars 2010, pourvoi no 09-10.084, *Bull.* 2010, III, no 65).

Au fil de ses arrêts, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a ainsi peu à peu dessiné les contours des notions de « perte d'emploi » et de « mutation » au sens de l'article 15 de la loi du 6 juillet 1989.

« Tout le texte, rien que le texte », ainsi pourrait être résumée la ligne directrice de sa jurisprudence. Il appartient au législateur, lorsqu'il souhaite une extension des cas de préavis réduit, de le prévoir expressément, ce qu'il a d'ailleurs fait récemment avec la loi du 24 mars 2014 précitée, qui a ouvert de nouveaux cas de préavis réduit. La Cour de cassation veillera à leur application.

§ III. L'interpellation du législateur

Certains arrêts de la Cour de cassation s'analysent en une interpellation plus ou moins feutrée et plus ou moins directe au législateur. Parmi eux, quelques-uns ont été identifiés comme des arrêts « de provocation », ainsi le célèbre arrêt dit « Desmares » (2e Civ., 21 juillet 1982, pourvoi nº 81-12.850, *Bull.* 1982, II, nº 111) qui conduira à l'adoption de la loi nº 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation. L'interpellation du législateur est moins heurtée et beaucoup plus lisible lorsqu'elle emprunte la voie des suggestions de réforme dans le *Rapport annuel*.

Au nombre des publications de la Cour de cassation figure en effet ce *Rapport annuel* qui comporte une partie intitulée « Suggestions de modifications législatives ou réglementaires », dont certaines ont été reprises, en tout ou partie, par les pouvoirs publics. En effet, l'application des textes peut donner lieu à des difficultés que seule la pratique révèle et le juge chargé de trancher le débat, qui ne peut faire œuvre de législateur, dispose alors de la possibilité de mettre en lumière des difficultés d'interprétation, des contradictions entre les textes, des manques et de suggérer des améliorations sous forme de compléments, de précisions, de suppressions de textes. À cette fin, l'article R. 431-10 du code de l'organisation judiciaire dispose que « le premier président et le procureur général peuvent appeler l'attention du garde des sceaux, ministre de la justice, sur les constatations faites par la Cour à l'occasion de l'examen des pourvois et lui faire part des améliorations qui leur paraissent de nature à remédier aux difficultés constatées ».

Jusqu'au *Rapport annuel* établi pour l'année 2000, la partie se rapportant aux suggestions de modifications ne comportait que la liste des suggestions annuelles, puis a été constitué un comité de suivi des propositions de réforme des textes de nature législative et réglementaire réunissant les membres du Bureau de la Cour de cassation, le directeur des affaires criminelles et des grâces (DACG), le directeur des affaires civiles et du sceau (DACS) et le directeur des services judiciaires de l'administration centrale du ministère de la justice. La réunion du comité de suivi des propositions une fois l'an permet d'actualiser les propositions de réforme en faisant le bilan de celles qui ont été définitivement retenues ou rejetées et au ministère de la justice de faire connaître les suites qu'il entend donner à celles qui restent pertinentes. C'est ainsi que depuis le rapport établi pour l'année 2001, la partie du rapport traitant des suggestions de modifications législatives et réglementaires, comporte une section traitant du suivi des suggestions de réforme et une autre des suggestions nouvelles.

Concernant plus particulièrement les suggestions de réforme émises par la chambre sociale, si certaines suggestions, en dépit de leur actualité, n'ont pas encore été suivies d'effet (telles la question de la limitation de l'acquisition des droits à congés en matière d'accident de travail et de maladie professionnelle, l'acquisition des droits à congés en cas de maladie, où une évolution de la législation est suggérée depuis le *Rapport annuel* établi pour l'année 2013 afin d'assurer la conformité du droit interne avec le droit communautaire), et que d'autres ont été définitivement écartées (refus de modification des dispositions de l'article L. 2422-2 du code du travail aux fins d'étendre au délégué syndical la protection complémentaire accordée au délégué du personnel ou membre du comité d'entreprise dont la décision d'autorisation de licenciement a été annulée et qui est réintégré alors que l'institution a été renouvelée), certaines ont récemment reçu un écho favorable et ont abouti à des modifications législatives.

La liste exhaustive de ces modifications n'aurait que peu d'intérêt au regard de l'évolution constante des textes, aussi, aux fins d'illustration, trois exemples récents ont été choisis en droit du travail et en procédure civile.

Le premier exemple concerne la période d'essai. Il permet de comprendre de quelle manière le juge met en lumière la difficulté posée par un texte, les possibilités qui lui sont offertes pour répondre à la situation et la limite à laquelle il est confronté, qui nécessite l'intervention du législateur. Concernant la mise en lumière de la difficulté, l'article L. 1221-25 du code du travail qui régit la matière comportait à l'origine deux alinéas : le premier qui régissait la durée d'un délai de prévenance imposé à l'employeur qui souhaitait mettre fin au contrat en cours ou au terme de la période d'essai, et le second qui disposait que « la période d'essai, renouvellement inclus, ne peut être prolongée du fait de la durée du délai de prévenance ». Le texte ainsi libellé ne permettait pas de déterminer le sort du contrat dans l'hypothèse où la durée du délai de prévenance était supérieure à la durée restant à courir jusqu'au terme de la période d'essai. En effet, il existait une incohérence entre ces alinéas puisque d'une part, l'employeur devait respecter un délai de prévenance, d'autre part le contrat était en principe rompu à l'issue de la période d'essai.

Les *Rapports annuels* 2012 et 2013 ont successivement rappelé cette difficulté en demandant également que soit précisée la sanction éventuellement applicable lorsque le délai de prévenance conduit à dépasser le terme fixé pour la période d'essai (dont le maximum était prévu par les articles L. 1221-19 et L. 1221-21 du code du travail).

Concernant l'intervention du juge dans les limites de ses pouvoirs face à la difficulté rencontrée, la chambre sociale, dans un arrêt du 23 janvier 2013, a dit que le non-respect du délai de prévenance par l'employeur ne pouvait conduire à la requalification de la rupture de la période d'essai en un licenciement (Soc., 23 janvier 2013, pourvoi nº 11-23.428, *Bull.* 2013, V, nº 14).

Concernant l'intervention finale du législateur, l'article 19 de l'ordonnance nº 2014-699 du 26 juin 2014 portant simplification et adaptation du droit du travail a complété l'article L. 1221-5 du code du travail par un troisième alinéa qui précise désormais que « lorsque le délai de prévenance n'a pas été respecté, son inexécution ouvre droit pour le salarié, sauf s'il a commis une faute grave, à une indemnité compensatrice. Cette indemnité est égale au montant des salaires et avantages que le salarié aurait perçus s'il avait accompli son travail jusqu'à l'expiration du délai de prévenance, indemnité compensatrice de congés payés comprise ».

Cet exemple montre les difficultés de mise en œuvre d'un texte auxquelles le juge est confronté. Si, en pratique, il a pu apporter des éléments de solution au vu des dispositions existantes en décidant que le non-respect du délai de prévenance ne pouvait permettre de requalifier la rupture de la période d'essai en licenciement, il ne pouvait cependant, à lui seul mettre fin à la contradiction de la norme, pouvoir qui ressortissait du seul législateur qui, ajoutant un alinéa à l'article L. 1221-25 précisant quelles étaient les sanctions attachées à l'absence de respect du délai de prévenance, a résolu la contradiction interne initiale du texte.

Le second exemple se rapporte à l'énonciation dans la loi des exigences auxquelles doit répondre la convention collective qui autorise la conclusion de conventions individuelles de forfaits en jours ou en heures relativement à la protection de la santé et de

la sécurité des travailleurs. Il permet d'illustrer de quelle manière des solutions dégagées par la jurisprudence s'intègrent dans la loi.

Dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, l'article L. 3121-45 du code du travail disposait que la convention ou l'accord collectif, auquel est subordonnée la conclusion de conventions individuelles de forfait en jours, prévoyait des modalités de suivi de l'organisation du travail des salariés concernés, de l'amplitude de leurs journées d'activité et de la charge de travail qui en résulte. Par ailleurs, l'article L. 3121-48 du code du travail énonçait que « les dispositions de l'article L. 3131-1 [du même code], relatives au repos quotidien, et des articles L. 3132-1, L. 3132-2 et L. 3164-2, relatives au repos hebdomadaire, sont applicables aux salariés concernés par une convention de forfait en jours ». Ces dispositions ont disparu avec la loi du 20 août 2008 précitée qui leur a substitué, dans l'article L. 3121-46 du code du travail, l'organisation par l'employeur d'un entretien annuel individuel avec chaque salarié ayant conclu une convention de forfait en jours sur l'année, entretien portant sur la charge de travail du salarié, l'organisation du travail dans l'entreprise, l'articulation entre l'activité professionnelle et la vie personnelle et familiale et sur la rémunération du salarié. Elles apparaissaient insuffisantes pour répondre aux normes constitutionnelles et européennes concernant les modalités propres à garantir que l'amplitude et la charge de travail du salarié demeuraient raisonnables.

C'est ainsi que, dans un arrêt du 29 juin 2011, la chambre sociale de la Cour de cassation a rappelé les exigences et principes résultant de normes constitutionnelles et européennes (droit à la santé et au repos, principes généraux de protection de la sécurité et de la santé du travailleur) qui conditionnent la validité d'une convention de forfait en jours et a énoncé, en creux, que l'accord collectif ou la convention collective, prévus par la loi pour la conclusion de conventions individuelles de forfait, devaient comporter les dispositions propres à garantir que l'amplitude et la charge de travail du salarié concerné sont raisonnables et assurent une bonne répartition dans le temps du travail de l'intéressé, faute de quoi l'accord collectif ou la convention collective est nul(le) de même que l'est, par voie de conséquence, la convention individuelle de forfait en jours conclue sur son fondement (Soc., 29 juin 2011, pourvoi n° 09-71.107, *Bull.* 2011, V, n° 181).

La chambre sociale a appliqué à plusieurs reprises ces règles à des conventions ou accords collectifs (voir, par exemple, Soc., 14 mai 2014, pourvoi n° 12-35.033, *Bull.* 2014, V, n° 121). Cependant, estimant que même si les conditions de validité d'un accord collectif ou d'une convention collective transparaissaient clairement de la jurisprudence, la chambre sociale de la Cour de cassation a jugé que cette attente exprimée de manière prétorienne et souvent de manière négative (sous forme de sanction des mentions insuffisantes à assurer cette garantie) ne présentait pas la lisibilité suffisante pour les justiciables et les partenaires sociaux et a invité, dès le *Rapport* 2014, le législateur à se saisir de cette question pour énoncer de manière positive les dispositions que devrait comporter l'accord collectif ou la convention collective qui autorise la possibilité de la conclusion de conventions individuelles de forfait en jours.

Cette suggestion a été suivie d'effet puisque l'article L. 3121-64, dans sa rédaction issue de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, et modifié à la marge par

les dispositions de l'ordonnance nº 2017-1718 du 20 décembre 2017 visant à compléter et mettre en cohérence les dispositions prises en application de la loi nº 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, énumère désormais les dispositions que doit comporter l'accord collectif autorisant la conclusion de conventions individuelles de forfait en jours.

Le troisième et dernier exemple se rapporte à l'introduction de la communication électronique dans le procès civil. Si elle ne porte pas en soi une atteinte au droit au procès équitable, la Cour de cassation n'a pu, dans son *Rapport* pour l'année 2016 puis à nouveau dans son *Rapport* 2017, que déplorer son développement désordonné. Inscrivant alors son action dans un dialogue avec le pouvoir réglementaire, la Cour de cassation a suggéré dans ces *Rapports* que les arrêtés techniques soient refondus, leur caractère fragmentaire n'étant plus justifié, voire étant de nature à « nuire à la lisibilité du droit en la matière et partant à la sécurité juridique pour les parties et, de façon plus générale, au développement de la communication électronique, qui a pourtant démontré sa réelle utilité, ainsi que l'illustre, par exemple, sa généralisation réussie devant la Cour de cassation ».

Les *Rapports* annuels suggèrent ainsi « d'étendre, devant la cour d'appel, la communication électronique à tous les actes susceptibles d'être accomplis par une partie représentée par un avocat, postulant ou non, dès lors que l'interconnexion des réseaux privés développés par le ministère de la justice et le Conseil national des barreaux la rend techniquement possible. Pour cette même raison, il serait souhaitable d'envisager d'étendre la faculté pour les avocats de communiquer entre eux par la voie électronique à toutes les procédures, quelle que soit la juridiction devant laquelle l'affaire les opposant est pendante, alors qu'à ce jour une telle faculté n'est, par exemple, pas prévue devant le tribunal d'instance. »

Cette suggestion de réforme, qui s'inscrit dans la continuité d'une action raisonnée et nécessairement constructive de la Cour de cassation en la matière, prend ainsi acte des limites de la jurisprudence, qui n'a pas vocation à se substituer au pouvoir réglementaire dans ce qui relève d'une politique publique.

§ IV. La réponse du législateur

La réponse du législateur aux interpellations diverses et variées de la Cour de cassation peut être favorable (A) – la jurisprudence est désormais inscrite dans la loi – ou défavorable (B) – la jurisprudence est combattue, à l'image de l'article 96 de la loi nº 2012-387 de simplification du droit adoptée le 22 mars 2012 qui revient sur un arrêt du 3 février 2011 (1re Civ., 3 février 2011, pourvoi nº 08-14.402, *Bull.* 2011, I, nº 23) qui appliquait le droit à la présence de l'animal dans les locations saisonnières de meublés et restreignait en conséquence le domaine de l'article 10, I, de la loi nº 70-598 du 9 juillet 1970.

A. Une réponse favorable

Dans la période récente, le législateur a accueilli favorablement les jurisprudences innovantes de la Cour de cassation notamment en matière sociale (1), processuelle (2), pénale (3), de droit des étrangers (4) et médicale (5).

1. En droit de la sécurité sociale

En droit de la sécurité sociale, le pouvoir réglementaire a été conduit à codifier, à droit constant, les enseignements issus de la jurisprudence de la Cour de cassation, comme en témoignent les deux exemples ci-après.

a. Le décret nº 2009-938 du 29 juillet 2009 relatif à la procédure d'instruction des déclarations d'accidents du travail et maladies professionnelles

La chambre sociale puis la deuxième chambre civile ont, de longue date, posé en principe que la décision de reconnaissance du caractère professionnel d'un accident ou d'une maladie est inopposable à l'employeur dès lors que la caisse n'a pas, préalablement à sa décision, assuré l'information de ce dernier sur la procédure d'instruction, les points susceptibles de lui faire grief, la possibilité de consulter le dossier et la date à laquelle elle prévoit de prendre sa décision (Soc., 20 janvier 2000, pourvoi nº 98-12.938, *Bull.* 2000, V, nº 31 ; Soc., 19 décembre 2002, pourvoi nº 00-21.112, *Bull.* 2002, V, nº 403 ; *Travail et protection sociale* 2003, comm. 119, obs. X. Prétot ; 2e Civ., 2 mars 2004, pourvoi nº 02-31.135).

L'article R. 441-11, alinéa 1, du code de la sécurité sociale, dans sa rédaction issue du décret nº 2006-111 du 2 février 2006 relatif […] à l'allégement de certaines procédures relatives aux accidents du travail et aux maladies professionnelles et modifiant le code de la sécurité sociale et le code rural, se contentait d'énoncer que, hors les cas de reconnaissance implicite, et en l'absence de réserves de l'employeur, la caisse assure l'information de la victime, de ses ayants droit et de l'employeur, préalablement à sa décision, sur la procédure d'instruction et sur les points susceptibles de leur faire grief. Le texte n'évoquant pas la question du délai de consultation, la Cour de cassation renvoyait aux juges du fond le soin d'apprécier son caractère suffisant (2e Civ., 9 octobre 2014, pourvoi nº 13-22.957). Cette obligation d'information préalable n'était toutefois pas requise lorsque la caisse avait pris sa décision au vu de la seule déclaration transmise sans réserve par l'employeur (2e Civ., 14 octobre 2003, pourvoi nº 01-21.035, *Bull.* 2003, II, nº 301 ; 2e Civ., 21 décembre 2006, pourvoi nº 05-15.795, *Bull.* 2006, II, nº 380). Le décret du 29 juillet 2009 précité est venu entériner ces principes, tout en les enrichissant. Simplifiant la tâche du juge, l'article R. 441-14, alinéa 3, du code de la sécurité sociale, fixe désormais à dix jours francs le délai de consultation ouvert à la victime et à l'employeur avant la décision de la caisse. Pour réduire les risques de contentieux, il est spécifié que l'information sur les éléments recueillis et susceptibles de leur faire grief, ainsi que sur la possibilité de consulter le dossier constitué par la caisse, doit être communiquée aux intéressés par tout moyen permettant d'en déterminer la date de réception. Enfin, en renvoyant au dernier alinéa de l'article R. 441-11 (soit le paragraphe III de ce texte), ces nouvelles dispositions limitent expressément l'obligation d'information de la caisse à trois hypothèses : l'existence de réserves motivées formulées par l'employeur, l'envoi d'un questionnaire portant sur les circonstances de l'accident ou de la maladie, ou encore la mise en œuvre d'une enquête facultative ou obligatoire.

Le caractère motivé des réserves, imposé par l'article R. 441-11 du code de la sécurité sociale, et sans lequel la caisse n'est pas tenue de diligenter une instruction, procède également d'une règle purement prétorienne (2e Civ., 10 juillet 2008, pourvoi nº 07-18.110, *Bull.* 2008, II, nº 185). Le pouvoir réglementaire n'a cependant pas repris la définition précise qu'en donnait – et qu'en donne toujours – la Cour de cassation :

pour être qualifiées de « réserves », les observations de l'employeur doivent nécessairement porter, soit sur les circonstances de temps et de lieu de l'accident, soit sur l'existence d'une cause étrangère au travail (Soc., 12 juillet 2001, pourvoi n° 99-21.762 ; 2e Civ., 10 juillet 2008, pourvoi n° 07-18.110, *Bull.* 2008, II, n° 185).

La Cour de cassation, de son côté, peut saisir l'opportunité d'un nouveau texte pour infléchir sa jurisprudence. Dans sa rédaction antérieure au décret du 29 juillet 2009 précité, l'article R. 441-11 du code de la sécurité sociale imposait à la caisse, en cas de réserves de l'employeur, d'envoyer, avant décision, à ce dernier et à la victime, un questionnaire portant sur les circonstances ou la cause de l'accident ou de la maladie, ou de procéder à une enquête auprès des intéressés. La Cour de cassation avait adopté de ces dispositions une interprétation très restrictive en considérant que la caisse pouvait envoyer un questionnaire au salarié sans être tenue d'en adresser un à l'employeur (2e Civ., 13 novembre 2008, pourvoi n° 07-16.573 ; 2e Civ., 14 janvier 2010, pourvoi n° 08-21.121). L'intervention du décret du 29 juillet 2009 précité, s'il n'a pas littéralement modifié, sur ce point, les obligations de la caisse, a permis à la Cour de cassation de corriger sa position : désormais, l'employeur doit être associé, au même titre que la victime, à l'envoi du questionnaire ou à la réalisation d'une enquête, à peine d'inopposabilité de la prise en charge (2e Civ., 10 mars 2016, pourvoi n° 15-16.669, *Bull.* 2016, II, n° 69 ; *JCP* éd. S, 2016, II, 1145, note M. Michalletz ; 2e Civ., 26 mai 2016, pourvoi n° 15-18.955 ; 2e Civ., 15 décembre 2016, pourvoi n° 15-27.346).

Mieux encore, la haute juridiction a su tirer toutes les conséquences qu'impliquait le profond toilettage de l'article R. 441-14 du code de la sécurité sociale en faisant évoluer, de façon significative, les solutions qu'elle avait adoptées. Jusqu'au 1er janvier 2010, l'alinéa 3 de ce texte exigeait simplement que la décision motivée de la caisse soit notifiée à la victime ou à ses ayants droit sous pli recommandé avec demande d'avis de réception, le double de la notification étant envoyé, en cas de refus, pour information à l'employeur. Depuis l'entrée en vigueur du décret du 29 juillet 2009 précité, ladite décision doit être notifiée, avec mention des voies et délais de recours, par tout moyen permettant de déterminer la date de réception, à la victime ou ses ayants droit si le caractère professionnel de l'événement n'est pas reconnu, ou à l'employeur dans le cas contraire.

Sur la base de ces nouvelles dispositions, la Cour de cassation a, dans un premier temps, déclaré irrecevable le recours de l'employeur formé, après le délai de deux mois imparti pour la saisine de la commission de recours amiable de la caisse, à l'encontre d'une décision dûment et régulièrement notifiée, conférant à celle-ci un caractère définitif (2e Civ., 12 mars 2015, pourvoi n° 13-28.213, *Bull.* 2015, II, n° 55 ; 2e Civ., 4 mai 2017, pourvoi n° 16-16.028). Elle a, dans un deuxième temps, nettement circonscrit la portée de la règle de notification, dont la méconnaissance n'a d'autre effet que de rendre inopposable au destinataire le délai du recours contentieux, et non la décision elle-même (2e Civ., 12 mars 2015, pourvoi n° 13-25.599, *Bull.* 2015, II, n° 57 ; 2e Civ., 26 mai 2016, pourvoi n° 15-19.532). Enfin, prenant le contre-pied de sa jurisprudence initiale (2e Civ., 5 juillet 2005, pourvoi n° 04-30.164 ; 2e Civ., 23 mai 2007, pourvoi n° 06-12.722 ; 2e Civ., 16 juin 2011, pourvoi n° 10-19.486), elle a, dans un troisième temps, privé les irrégularités affectant la procédure de prise en charge de toute incidence sur le contentieux de la faute inexcusable et plus particulièrement, sur l'action récursoire exercée par la caisse à l'encontre de l'employeur (2e Civ., 26 novembre 2015, pourvoi n° 14-26.240, *Bull.* 2015, II, n° 259 ; 2e Civ., 11 février 2016, pourvoi n° 15-10.066,

Bull. 2016, II, nº 44; 2e Civ., 31 mars 2016, pourvoi nº 14-30.015, *Bull.* 2016, II, nº 92; 2e Civ., 24 mai 2017, pourvoi nº 16-17.644). Cette jurisprudence s'autorise désormais des dispositions de l'article L. 452-3-1 du code de la sécurité sociale, issues de la loi nº 2012-1404 du 17 décembre 2012 de financement de la sécurité sociale pour 2013, lesquelles (contrairement aux règles prétoriennes) ne sont applicables qu'aux actions en reconnaissance de la faute inexcusable introduites à compter du 1er janvier 2013. L'employeur reste toutefois recevable à contester, en défense, le caractère professionnel de l'accident ou de la maladie (2e Civ., 5 novembre 2015, pourvoi nº 13-28.373, *Bull.* 2015, II, nº 247; *JCP* éd. S., 2016, II, 1017, note D. Asquinazi-Bailleux). On notera que la réforme engagée par le décret du 29 juillet 2009 précité n'a pas consacré, *expressis verbis*, la distinction, pourtant essentielle, opérée par la Cour de cassation, entre les rapports caisse-employeur et les rapports caisse-victime. Cette distinction permet en effet de maintenir, au profit de la victime, les effets d'une décision de prise en charge déclarée inopposable à l'employeur, en raison d'une méconnaissance de ses droits.

b. Le contentieux du contrôle et du recouvrement opérés par les URSSAF

Le contentieux du contrôle et du recouvrement opérés par les URSSAF illustre également le poids de la jurisprudence dans l'élaboration des lois et règlements. On sait que la mise en demeure délivrée par les organismes de recouvrement doit, à peine de nullité, permettre au redevable d'avoir connaissance de la nature, de la cause et de l'étendue de son obligation, sans que soit exigée la preuve d'un préjudice.

Édictée par l'article R. 244-1 du code de la sécurité sociale dans sa rédaction issue du décret nº 2007-546 du 11 avril 2007 relatif aux droits des cotisants et au recouvrement des cotisations et contributions sociales, cette condition est énoncée depuis plus de deux décennies par la Cour de cassation, et pour la première fois, dans le fameux arrêt « Deperne », où elle marque sa volonté d'encadrer le contrôle URSSAF (Soc., 19 mars 1992, pourvoi nº 88-11.682, *Bull.* 1992, V, nº 204; *JCP* éd. E 1990, II, 334, note F. Taquet et I, 181, nº 22, obs. G. Vachet; *Semaine sociale Lamy* 1992, nº 605, comm. A. Arseguel et Ph. Isoux).

De même, c'est sans nul doute sous l'influence de la jurisprudence que le décret nº 2016-941 du 8 juillet 2016 relatif au renforcement des droits des cotisants est venu compléter l'article R. 244-1, en exigeant que la mise en demeure mentionne les majorations et pénalités s'appliquant aux sommes réclamées. Codifiée par les dispositions de l'article 4-IV du décret nº 99-434 du 28 mai 1999 portant diverses mesures de simplification et d'amélioration des relations avec les cotisants et modifiant le code de la sécurité sociale, puis insérée sous l'article R. 243-59-7 du code de la sécurité sociale, créé par le décret nº 2016-941 du 8 juillet 2016 précité, l'opposabilité des décisions implicites en matière de contrôle URSSAF, qui s'intègre dans le cadre, plus général, de la théorie de la garantie contre les changements de doctrine administrative, repose également sur des principes initialement formulés par la Cour de cassation (Soc., 5 juin 1975, pourvoi nº 74.10.335, *Bull.* 1975, V, nº 313; Soc., 30 janvier 1992, pourvoi nº 89-17.100, *Bull.* 1992, V, nº 59; Soc., 28 novembre 1991, pourvoi nº 89-11.287, *Bull.* 1991, V, nº 548). Quant à l'opposabilité des décisions explicites, si celle-ci s'autorise de plusieurs dispositions législatives (l'article L. 243-6-3 du code de la sécurité sociale, créé par l'ordonnance nº 2005-651 du 6 juin 2005, qui institue le rescrit social, lui-même inspiré du rescrit fiscal, ou l'article L. 243-6-4 du même code, créé par la loi

n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures), elle est un héritage direct de la jurisprudence : la Cour de cassation admet depuis fort longtemps que l'interprétation de la règle de droit explicitement admise par une URSSAF s'impose à celle-ci, jusqu'à nouvelle décision, de sorte que l'organisme ne peut revenir rétroactivement, à l'occasion d'un nouveau contrôle, sur la position qu'il a adoptée (Soc., 9 mars 1972, pourvoi n° 71-10.142, *Bull.* 1972, V, n° 208 ; *Dr. soc.* 1974, obs. H. Groutel). On ajoutera que les dispositions de l'article L. 243-6-4, qui fixe les conditions dans lesquelles un cotisant peut opposer à une URSSAF les décisions explicites prises par une autre URSSAF, sont essentiellement destinées à tempérer le principe prétorien selon lequel une décision individuelle n'engage que son auteur et, en particulier, l'URSSAF qui l'a édictée, chaque union étant pourvue de la personnalité morale (Soc., 29 juin 1995, pourvoi n° 93-11.506, *Bull.* 1995, V, n° 225 ; Soc., 20 juillet 1995, pourvoi n° 93-10.088, *Bull.* 1995, V, n° 256).

2. En droit processuel

Les propositions de modification réglementaire de la deuxième chambre civile ont donné lieu notamment à deux récents décrets de procédure.

a. La réitération de l'appel

La question de la réitération de l'appel a suscité une jurisprudence relativement abondante. À cet égard, dans un arrêt du 11 mai 2017, la Cour de cassation a jugé qu'une cour d'appel, ayant retenu qu'elle était régulièrement saisie d'un appel dont la caducité n'avait pas été constatée, en a exactement déduit que l'appel du même jugement réitéré contre le même intimé était irrecevable faute d'intérêt à l'interjeter (2e Civ., 11 mai 2017, pourvoi n° 16-18.464, publié au *Bulletin*).

Il en résulte qu'un second appel peut être interjeté après le prononcé d'une caducité d'une première déclaration d'appel. En effet, tant que la voie de recours n'est pas fermée par une signification, l'appelant a la possibilité de régulariser un appel. Il peut, tant que la signification de la décision n'est pas intervenue, former un nouvel appel principal alors même que sa première déclaration d'appel a pu être jugée caduque notamment pour ne pas avoir respecté le délai de trois mois imposé par l'article 908 du code de procédure civile (2e Civ., 7 avril 2016, pourvoi n° 15-14.154 ; 2e Civ., 22 septembre 2016, pourvoi n° 15-14.431).

Si la Cour de cassation a pu avoir, selon certains auteurs, une lecture très restrictive des textes sur l'appel en ce qui concerne la question de sa réitération, il est constant que le pouvoir réglementaire a pris acte de cette approche tout en allant, sur certains points, au-delà de ce qui résultait de sa jurisprudence.

En effet, avec la modification de l'article 911-1 du code de procédure civile, introduite par le décret n° 2017-891 du 6 mai 2017 relatif aux exceptions d'incompétence et à l'appel en matière civile, en cas de caducité de la déclaration d'appel, il ne sera plus possible de réitérer un appel principal contre le même jugement et la même partie. Selon ce texte, « la partie dont la déclaration d'appel a été frappée de caducité en application des articles 902, 905-1, 905-2 ou 908 ou dont l'appel a été déclaré irrecevable n'est plus recevable à former un appel principal contre le même jugement et à l'égard de la même partie ».

Comme le précise la présentation du décret faite par le ministère de la justice (direction des affaires civiles et du sceau), « cette disposition déroge à l'article 385 qui permet d'introduire une nouvelle instance en cas de caducité de la première instance tant que l'action n'est pas éteinte. De même, en cas d'irrecevabilité de l'appel, il ne sera plus possible de réitérer un appel principal contre le même jugement et la même partie. Par ailleurs, l'intimé qui n'a pas formé appel incident dans les délais impartis alors qu'il a reçu notification des conclusions de l'appelant, est irrecevable à faire un appel principal. Il s'agit d'une consolidation de la jurisprudence de la Cour de cassation (2e Civ., 4 décembre 2014, no 13-25.684). De même, l'intimé dont l'appel incident a été déclaré irrecevable est irrecevable à faire un appel principal. Ces dispositions visent à interdire aux parties négligentes toute possibilité de rattrapage du seul fait de l'absence de signification du jugement ».

b. Les pouvoirs respectifs du conseiller de la mise en état et de la cour d'appel

Les pouvoirs respectifs du conseiller de la mise en état et de la cour d'appel ont donné lieu à différents arrêts de la Cour de cassation ainsi qu'à l'intervention du pouvoir réglementaire.

Sous l'empire des textes antérieurs à la réforme de l'appel résultant du décret no 2017-891 du 6 mai 2017 relatif aux exceptions d'incompétence et à l'appel en matière civile, la question s'est posée de savoir si la compétence exclusive du conseiller de la mise en état jusqu'à son dessaisissement pour, notamment, prononcer la caducité de l'appel ou déclarer l'appel irrecevable faisait obstacle à l'exercice postérieur par la formation de jugement des pouvoirs dont il était investi et qu'il n'avait pas lui-même exercés.

Selon l'article 914, alinéa 1, du code de procédure civile dans sa version alors applicable et résultant du décret no 2010-1647 du 28 décembre 2010 modifiant la procédure d'appel avec représentation obligatoire en matière civile, « le conseiller de la mise en état est, lorsqu'il est désigné et jusqu'à son dessaisissement, seul compétent pour prononcer la caducité de l'appel, pour déclarer l'appel irrecevable et trancher à cette occasion toute question ayant trait à la recevabilité de l'appel ou pour déclarer les conclusions irrecevables en application des articles 909 et 910. Les parties ne sont plus recevables à invoquer la caducité ou l'irrecevabilité après son dessaisissement, à moins que leur cause ne survienne ou ne soit révélée postérieurement ». Si les parties n'étaient plus recevables à invoquer l'irrecevabilité de l'appel ou sa caducité après le dessaisissement du conseiller de la mise en état, à moins que leur cause ne survienne ou ne soit révélée postérieurement, quel rôle devait être dévolu à la cour d'appel ?

Il résulte d'arrêts rendus par la Cour de cassation le 11 mai 2017 que « si aux termes de l'article 914 du code de procédure civile, le conseiller de la mise en état a une compétence exclusive pour prononcer la caducité de la déclaration d'appel, encourue en application des dispositions des articles 908 et 911 du même code, et si les parties ne sont plus recevables à l'invoquer après le dessaisissement de ce magistrat, à moins que sa cause ne survienne ou ne soit révélée postérieurement, cette restriction ne fait pas obstacle à ce que la cour d'appel relève d'office la caducité » (2e Civ., 11 mai 2017, pourvoi no 16-14.868, publié au *Bulletin* ; 2e Civ., 11 mai 2017, pourvoi no 15-27.467, publié au *Bulletin*). Évidemment, trouvent à s'appliquer les dispositions de l'article 16 du code de procédure civile.

Cette position de la Cour de cassation a été entérinée par le pouvoir réglementaire dans le décret du 6 mai 2017 précité. L'article 914, alinéa 2, du code de procédure civile est en effet ainsi rédigé : « Les parties ne sont plus recevables à invoquer devant la cour d'appel la caducité ou l'irrecevabilité après la clôture de l'instruction, à moins que leur cause ne survienne ou ne soit révélée postérieurement. Néanmoins, sans préjudice du dernier alinéa du présent article, la cour d'appel peut, d'office, relever la fin de non-recevoir tirée de l'irrecevabilité de l'appel ou la caducité de celui-ci ».

3. En matière pénale

L'influence exercée par la jurisprudence de la chambre criminelle sur le législateur est ancienne. Ainsi, la rédaction d'un nouveau code pénal a-t-elle eu notamment pour objet de consacrer la jurisprudence élaborée par la Cour de cassation pendant les presque deux siècles d'application du code napoléonien. Ce mouvement n'a pas cessé après l'entrée en vigueur du code pénal le 1er mars 1994, le législateur ayant parfois consacré les constructions prétoriennes issues d'arrêts de la Cour de cassation, en particulier pour combler des lacunes révélées par des arrêts de la chambre criminelle (a) ou pour intégrer des jurisprudences innovantes (b).

a. Le comblement de lacunes

Une telle lacune a été relevée par la chambre criminelle en matière de délai de comparution devant la chambre de l'instruction statuant sur la détention après cassation. Elle a ainsi été plusieurs fois conduite à rappeler que, après cassation de l'arrêt d'une chambre de l'instruction ayant confirmé une ordonnance de placement en détention provisoire ou des ordonnances de refus de mise en liberté, la juridiction de renvoi n'était pas tenue de se prononcer dans le délai de dix ou de quinze jours prévu à l'alinéa 4 de l'article 194 du code de procédure pénale, « applicable à un autre état de la procédure », à condition qu'il soit statué dans les « brefs délais » de l'article 194 du code de procédure pénale, et, en tout cas, dans les délais raisonnables prévus par les articles 5 et 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Crim., 10 avril 2002, pourvois nº 02-80.879 et nº 02-80.886 ; 24 mai 2011, pourvoi nº 11-81.118 ; Crim.,12 novembre 2014, pourvoi nº 14-86.016).

Cette lacune a été comblée par la loi nº 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé et le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale, qui a introduit dans le code de procédure pénale un article 194-1 qui rend applicables à la procédure suivie devant la chambre de l'instruction saisie sur renvoi après cassation les délais prévus par les articles 148-2, 186-2, 186-4 et 194 du code de procédure pénale.

De même, la chambre criminelle a été conduite à se prononcer sur la saisie des courriels reçus sur une boîte électronique antérieurement à la décision d'interception prise par le juge d'instruction. Elle a jugé que, si les dispositions des articles 100 et suivants du code de procédure pénale relatifs aux interceptions de correspondance permettaient d'enregistrer les courriels envoyés et reçus postérieurement à l'autorisation d'interception, en revanche, elles ne pouvaient pas servir à consulter ceux conservés au sein d'une boîte de courrier électronique et que l'appréhension de telles correspondances devaient être réalisée conformément aux dispositions légales relatives aux perquisitions (Crim., 8 juillet 2015, pourvoi nº 14-88.457, *Bull. crim.* 2015, nº 176). Les

règles relatives aux perquisitions, qui ne permettent pas de procéder à l'interception des données conservées à l'insu du propriétaire, s'avèrent toutefois particulièrement inadaptées aux contraintes des enquêtes diligentées pour des faits de criminalité organisée ou de terrorisme.

C'est pourquoi, tirant les conséquences de cette jurisprudence et dans le but d'assurer l'efficacité des investigations, la loi nº 2016-731 du 3 juin 2016 précitée a consacré, en matière de criminalité organisée, le principe de l'accès furtif à des correspondances numériques stockées, en ouvrant au procureur de la République, sur autorisation du juge des libertés et de la détention, la possibilité d'y procéder pour une durée d'un mois renouvelable une fois (article 706-102-1 du code de procédure pénale) et au magistrat instructeur celle d'y procéder pour une durée de quatre mois renouvelable une fois (articles 706-102-2 et 706-102-3 du code de procédure pénale).

Les nouvelles techniques d'enquête, en particulier la géolocalisation, ont été l'occasion de progrès législatifs rendus nécessaires par la jurisprudence. La géolocalisation désigne le recours à tout moyen technique destiné à localiser en temps réel, sur l'ensemble du territoire national, une personne à son insu, un véhicule ou tout autre objet, sans le consentement de son propriétaire ou de son possesseur. Confrontée à des opérations qui s'effectuaient par le biais de réquisitions judiciaires (articles 60-1 et 60-2 du code de procédure pénale pour l'enquête de flagrance, articles 77-1-1 et 77-1-2 du code de procédure pénale pour l'enquête préliminaire, articles 99-3 et 99-4 du code de procédure pénale pour l'instruction) alors qu'aucune disposition du code de procédure pénale ne l'autorisait ni ne l'interdisait, la chambre criminelle a admis qu'un dispositif technique de géolocalisation pouvait avoir pour fondement le pouvoir général d'investigation du juge d'instruction de l'article 81 du code de procédure pénale et que l'ingérence dans la vie privée d'une personne pouvait être justifiée en se référant à l'existence d'un contrôle judiciaire et d'un trouble sévère à l'ordre public fondé sur une infraction particulièrement grave (Crim., 22 novembre 2011, pourvoi nº 11-84.308, *Bull. crim.* 2011, nº 234).

La chambre criminelle a toutefois refusé ce pouvoir à des officiers de police judiciaire agissant sous l'autorité du procureur de la République aux motifs que la technique dite de géolocalisation « constitue une ingérence grave dans la vie privée nécessitant qu'elle soit exécutée sous le contrôle d'un juge » (Crim., 22 octobre 2013, pourvoi nº 13-81.949, *Bull. crim.* 2013, nº 197 ; Crim., 19 novembre 2013, QPC nº 13-84.909, *Bull. crim.* 2013, nº 233 ; Crim., 14 janvier 2014, pourvoi nº 13-84.909, *Bull. crim.* 2014, nº 8).

Cette jurisprudence a conduit à l'intervention du législateur qui, par la loi nº 2014-372 du 28 mars 2014 relative à la géolocalisation, a introduit dans le code de procédure pénale les articles 230-32 à 230-44. Ces dispositions donnent un fondement légal à la technique de géolocalisation et permettent qu'il y soit recouru en distinguant selon que l'on se situe dans le cadre d'une enquête dirigée par le parquet (autorisation du procureur de la République pour une durée maximale de quinze jours et au-delà du juge des libertés et de la détention à la requête du procureur de la République pour une durée maximale d'un mois renouvelable dans les mêmes conditions) ou dans le cadre d'une information judiciaire (autorisation du juge d'instruction pour une durée maximale de quatre mois, renouvelable dans les mêmes conditions de formes et de durée).

b. L'intégration d'une jurisprudence innovante

Au titre de la consécration d'une jurisprudence innovante, on évoquera le *testing*, pratique consistant à solliciter la fourniture d'un bien ou d'un service à seule fin de constater d'éventuels comportements discriminatoires.

Le procédé a été validé par deux arrêts de la chambre criminelle du 11 juin 2002 (Crim., 11 juin 2002, pourvoi nº 01-85.559, *Bull. crim.* 2002, nº 131 et Crim., 11 juin 2002, pourvoi nº 01-85.560), qui ont décidé que le *testing* pouvait être reçu en justice en vertu du principe de liberté de la preuve, les juges devant seulement apprécier, en application de l'article 427 du code de procédure pénale, la valeur probante des éléments de preuve contradictoirement débattus.

Cette jurisprudence a été consacrée par la loi nº 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances qui a introduit dans le code pénal un article 225-3-1 aux termes duquel les délits de discrimination peuvent être constitués, même s'ils ont été commis à l'encontre d'une ou plusieurs personnes ayant sollicité des biens, actes ou services pour « démontrer l'existence du comportement discriminatoire, dès lors que la preuve de ce comportement est établie ».

Un autre exemple de confirmation par le législateur d'une jurisprudence se rencontre en matière de prescription de l'action publique (pour une étude complète, voir le *Rapport* 2014, pages 288 à 299).

La chambre criminelle a été conduite de manière ancienne à se prononcer sur le point de départ de la prescription, le reportant au jour où les faits sont apparus et ont pu être constatés dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique pour les infractions occultes, c'est-à-dire celles qui, en raison de leurs éléments constitutifs, ne peuvent être connues ni de la victime ni de l'autorité judiciaire, et pour les infractions dissimulées, c'est-à-dire celles dont l'auteur accomplit délibérément toute manœuvre caractérisée tendant à en empêcher la découverte.

La chambre criminelle a ainsi retardé le point de départ de la prescription, notamment, de l'abus de confiance (Crim., 11 février 1981, pourvoi nº 80-92.059, *Bull. crim.* 1981, nº 53), de la tromperie (Crim., 7 juillet 2005, pourvoi nº 05-81.119, *Bull. crim.* 2005, nº 206) et de l'atteinte à l'intimité de la vie privée (Crim. 4 mars 1997, pourvoi nº 96-84.773, *Bull. crim.* 1997, nº 83), infractions occultes par nature, ainsi que de l'abus de bien social (Crim., 27 juin 2001, pourvoi nº 00-87.414, *Bull. crim.* 2001, nº 164), du trafic d'influence (Crim., 19 mars 2008, pourvoi nº 07-82.124, *Bull. crim.* 2008, nº 71) ou de la prise illégale d'intérêts (Crim., 16 décembre 2014, pourvoi nº 14-82.939, *Bull. crim.* 2014, nº 272), en cas de dissimulation.

Elle a également admis la suspension du délai de prescription de l'action publique en présence d'obstacles insurmontables, de fait ou de droit, rendant impossible l'exercice de l'action publique. Les cas d'obstacle de droit, c'est-à-dire résultant de la loi elle-même (Ass. plén., 23 décembre 1999, pourvoi nº 99-86.298, *Bull. crim.* 1999, nº 312), sont nombreux. On citera à titre d'exemple, en matière de d'infractions de presse, le délai cumulé de quatre mois prévu par l'article 175 du code de procédure pénale (Crim., 25 octobre 2011, pourvoi nº 11-80.017, *Bull. crim.* 2011, nº 218) et celui de la mise en délibéré (Crim., 22 octobre 2013, pourvoi nº 12-84.408, *Bull. crim.* 2013, nº 198), les parties poursuivantes étant alors dans l'impossibilité d'accomplir un acte d'instruction ou de poursuite interruptif de prescription.

La Cour de cassation a également admis l'existence d'un obstacle de fait dans l'affaire dite de « l'octuple infanticide » pour laquelle elle a jugé que les circonstances de commission de ces crimes (naissance clandestine d'enfants morts dans l'anonymat et dont aucun indice apparent n'avait révélé l'existence) caractérisaient un obstacle insurmontable à l'exercice des poursuites de nature à suspendre la prescription jusqu'à la découverte des cadavres (Ass. plén., 7 novembre 2014, pourvoi nº 14-83.739, *Bull. crim.* 2014, Ass. plén, nº 1 ; *Rapport* 2014, p. 421).

Ces deux constructions jurisprudentielles ont été introduites dans le code de procédure pénale par la loi nº 2017-242 du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale aux articles 9-1 et 9-3.

On évoquera encore la notion de violences psychologiques, admise par la jurisprudence avant d'être consacrée dans la loi : la chambre criminelle a en effet, de manière ancienne et bien établie, étendu la notion de violences aux actes destinés à causer un choc émotif ou une perturbation psychologique, même en l'absence d'atteinte physique de la victime (notamment Crim., 18 mars 2008, pourvoi nº 07-86.075, *Bull. crim.* 2008, nº 65 ; Crim., 2 septembre 2005, pourvoi nº 04-87.046, *Bull. crim.* 2005, nº 212). L'article 222-14-3 du code pénal, issu de la loi nº 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, a consacré cette jurisprudence : sans modifier le droit applicable, il le rend plus explicite en énonçant que les violences sont réprimées quelle que soit leur nature, y compris s'il s'agit de violences psychologiques.

4. Le fonctionnement du mécanisme en droit des étrangers lors d'une seconde saisine du juge des libertés et de la détention par le préfet

Dans un premier temps, la jurisprudence a instauré le mécanisme en ces termes : les « conditions de l'interpellation d'un étranger » ne peuvent être discutées qu'à l'occasion de l'instance ouverte sur la demande de prolongation du maintien en rétention de cet étranger et ne peuvent plus l'être devant le juge saisi d'une seconde demande de prorogation (2e Civ., 18 décembre 1996, pourvoi nº 95-50.096, *Bull.* 1996, II, nº 296 ; 2e Civ., 12 novembre 1997, pourvoi nº 95-50.101, *Bull.* 1997, II, nº 268 ; 2e Civ., 7 juin 2001, pourvoi nº 00-50.048, *Bull.* 2001, II, nº 114).

Le système, généralisé à l'ensemble des irrégularités, a été consacré par le législateur, à l'occasion de la loi nº 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, à l'article L. 552-8 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) pour le contentieux du placement en rétention, et à l'article L. 222-3 du même code pour le contentieux du maintien en zone d'attente. Dans les deux cas, le texte prévoit que « à peine d'irrecevabilité, prononcée d'office, aucune irrégularité antérieure à l'audience relative à la première prolongation de la rétention [ou du maintien en zone d'attente] ne peut être soulevée lors de l'audience relative à la seconde prolongation ».

Saisi par soixante députés ou sénateurs, le Conseil constitutionnel a validé le procédé en précisant que « les irrégularités qui ne pourront plus être soulevées postérieurement à la première audience de prolongation sont celles qu'il était possible d'invoquer lors de celle-ci ; qu'en exigeant que ces irrégularités soient soulevées lors de la première audience devant le juge des libertés et de la détention, les dispositions contestées poursuivent l'objectif de valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice sans

méconnaître le droit à un recours juridictionnel effectif» (Cons. const., 9 juin 2011, décision nº 2011-631 DC, Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, considérant 27).

5. Le développement des obligations de sécurité et de résultat à la charge des professionnels et établissements de santé

En l'absence de dispositions législatives spécifiques, les juridictions judiciaires ont eu recours à l'article 1147 du code civil pour déterminer les obligations pesant sur les professionnels de santé et des établissements de santé et fixer leur régime de responsabilité.

La Cour de cassation a ainsi, à compter de l'arrêt «Mercier» du 20 mai 1936 (Civ., 20 mai 1936, *D. P.* 1936, 1, p. 88), affirmé qu'il se forme entre le médecin et son client un contrat qui oblige le premier à donner au second des soins consciencieux, attentifs, et – réserve faite de circonstances exceptionnelles – conformes aux données acquises de la science, et que la violation, même involontaire, de cette obligation contractuelle est sanctionnée par une responsabilité de nature également contractuelle. Elle a, de même, retenu l'existence d'un contrat d'hospitalisation et de soins conclu entre les patients et les établissements de santé et mis à la charge de ceux-ci l'obligation de donner à leur clientèle, avec prudence et diligence, des soins attentifs et consciencieux (6 mars 1945, Clinique Sainte-Croix, *D*. 1945, p. 217). Cette responsabilité est demeurée fondée sur l'article 1382 du code civil, en l'absence de contrat ou à l'égard des tiers au contrat.

La responsabilité des professionnels et des établissements de santé a été ainsi essentiellement retenue en cas de faute dans l'exécution de leurs obligations contractuelles, concernant notamment l'information préalable des patients, le recueil de leur consentement ou encore la qualité des soins.

Les professionnels de santé et les établissements de santé ne pouvant s'engager à guérir les patients, ces obligations ont consisté en des obligations de moyens (notamment, 1re Civ., 28 juin 1989, pourvoi nº 86-19.318, *Bull.* 1989, I, nº 266), impliquant, en principe, que la preuve d'une faute soit rapportée par les demandeurs. Cependant, les patients, victimes de dommages liés à des soins, ont été confrontés, dans un certain nombre de cas, à l'impossibilité d'apporter la preuve d'une faute ou encore à l'absence de toute faute imputable aux professionnels de santé ou aux établissements de santé. La Cour de cassation a alors mis à la charge des professionnels de santé et des établissements de santé un certain nombre d'obligations de sécurité de résultat, impliquant, pour échapper à leur responsabilité, qu'ils soient en mesure d'apporter la preuve d'une cause étrangère. Tel a été le cas en matière d'infections nosocomiales, la Cour de cassation ayant affirmé, à partir de 1999, que les médecins exerçant à titre libéral, comme les établissements de santé sont soumis à une telle obligation de sécurité de résultat (1re Civ., 29 juin 1999, pourvoi nº 97-14.254, *Bull.* 1999, I, nº 220; 1re Civ., 29 juin 1999, pourvoi nº 97-15.818, *Bull.* 1999, I, nº 222; 1re Civ., 13 février 2001, pourvoi nº 98-19.433, *Bull.* 2001, I, nº 32); le patient devant uniquement établir le caractère nosocomial de l'infection contractée (voir notamment, 1re Civ., 27 mars 2001, pourvoi nº 99-17.672, *Bull.* 2001, I, nº 87).

Une obligation de sécurité de résultat a été aussi, à partir de 1999, mise à la charge des médecins et des établissements de santé, en cas d'utilisation ou de fourniture de produits de santé défectueux, les patients étant seulement tenus de prouver que ces

derniers sont à l'origine de leur dommage (voir notamment, 1re Civ., 9 novembre 1999, pourvoi nº 98-10.010, *Bull.* 1999, I, nº 300 ; 1re Civ., 4 février 2003, pourvoi nº 00-15.572, *Bull.* 2003, I, nº 40). La Cour de cassation avait déjà antérieurement admis que les chirurgiens-dentistes étaient tenus d'une obligation de résultat lors de la conception, la confection et fourniture d'une prothèse (voir notamment, 1re Civ., 29 octobre 1985 pourvoi nº 83-17.091, *Bull.* 1985, I, nº 273 ; 1re Civ., 15 novembre 1988, pourvoi nº 86-16.443, *Bull.* 1988, I, nº 319, 1re Civ., 23 novembre 2004, pourvoi nº 03-12.146, *Bull.* 2004, I, nº 286). Cette obligation a concerné enfin les établissements de transfusion sanguine tenus de fournir aux receveurs des produits exempts de vice (1re Civ., 12 avril 1995, pourvoi nº 92-20.747, *Bull.* 1995, I, nº 179 ; 1re Civ., 12 avril 1995, pourvoi nº 92-11.950, *Bull.* 1995, I, nº 180 ; 2e Civ., 25 janvier 2007, pourvoi nº 06-12.106, *Bull.* 2007, II, nº 20). En l'absence d'une telle preuve, leur responsabilité s'est ainsi trouvée nécessairement engagée.

La loi nº 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé a, ensuite, reconnu différents droits aux patients et fixé les règles applicables à leur prise en charge et à la responsabilité en découlant, ces règles concernant l'ensemble des professionnels de santé, des établissements, services et organismes dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins. Elle a prévu au I de l'article L. 1142-1 du code de la santé publique que leur responsabilité était engagée en cas de faute, sauf en matière d'infections nosocomiales, pour lesquelles elle a soumis ces établissements, services et organismes à une responsabilité de droit, et de défaut d'un produit de santé, relevant de la loi nº 98-389 du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, transposant la directive d'harmonisation 85/374/CEE du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux. Elle a, en outre, prévu, sous certaines conditions, au II de l'article L. 1142-1 du code de la santé publique, une indemnisation au titre de la solidarité nationale des conséquences d'accidents médicaux, d'affections iatrogènes et d'infections nosocomiales graves.

Pour compenser les effets très lourds de la responsabilité de plein droit des établissements, services ou organismes de santé en matière d'infections nosocomiales, cette loi a été complétée par la loi nº 2002-1577 du 30 décembre 2002 relative à la responsabilité civile médicale, ayant prévu à l'article L. 1142-1-1, 1º, une indemnisation au titre de la solidarité nationale des dommages graves résultant d'infections nosocomiales.

La Cour de cassation statue donc désormais au visa des articles L. 1142-1 et L. 1142-1-1 du code de la santé publique et des autres dispositions relatives aux droits des patients, sans plus faire référence aux contrats conclus entre les parties. Elle a retenu une responsabilité de droit des établissements de santé, ayant les mêmes effets qu'une obligation de sécurité de résultat, jusqu'au seuil de gravité de l'article L. 1142-1-1, 1º, permettant de basculer en faveur d'une indemnisation au titre de la solidarité nationale, à compter du 1er janvier 2003, date de l'entrée en vigueur de la loi du 30 décembre 2002 précitée, et abandonné toute responsabilité sans faute des professionnels de santé en matière d'infections nosocomiales. Elle est par ailleurs revenue à un régime de responsabilité des établissements de santé privés et des professionnels de santé au titre de l'utilisation ou de la fourniture des produits défectueux fondé sur la faute (1re Civ., 12 juillet 2012, pourvoi nº 11-17.510, *Bull.* 2012, I, nº 165).

B. Un bris de jurisprudence

La propriété intellectuelle (1), la responsabilité civile (2) et la matière pénale (3) illustreront les hypothèses dans lesquelles le législateur a combattu la jurisprudence.

1. En matière de propriété intellectuelle

Il est des cas où l'intervention du législateur vient contredire la jurisprudence. Le droit de la propriété littéraire et artistique en donne deux exemples.

En 2005, la Cour de cassation a été saisie de la question de savoir si l'installation, par un syndicat de copropriétaires, d'antennes collectives permettant la réception, par l'ensemble des résidents, de chaînes de télévision diffusées par satellite, au moyen d'un réseau câblé interne à chaque immeuble, constituait un acte de représentation par télédiffusion, au sens de l'article L. 122-2 du code de la propriété intellectuelle. Dans le prolongement de son arrêt « CNN » (1re Civ., 6 avril 1994, pourvoi nº 92-11.186, *Bull.* 1994, I, nº 144), aux termes duquel elle avait jugé que l'hôtelier qui mettait à la disposition de ses clients des récepteurs de télévision reliés par câble aux programmes diffusés par satellite procédait à une communication des œuvres télédiffusées à un public, soumise à autorisation, la première chambre civile a, par deux arrêts rendus le 1er mars 2005, décidé que le syndicat de copropriétaires réalisait ainsi « une représentation des œuvres audiovisuelles par communication à un public constitué de l'ensemble des résidents dont la collectivité excède la notion de cercle de famille, peu important l'absence d'intention lucrative ou la propriété indivise des antennes mises en place » (1re Civ., 1er mars 2005, pourvoi nº 02-17.391, *Bull.* 2005, I, nº 105 ; voir aussi 1re Civ., 1er mars 2005, pourvoi nº 02-17.393, *Bull.* 2005, I, nº 106).

Cette solution, qui « respecte les règles de droit positif qui régissent le droit de représentation des auteurs » (C. Caron, « Le syndicat de copropriétaires qui installe une antenne collective réalise une représentation d'œuvres audiovisuelles », *JCP* éd. G 2005, II, p. 785), a néanmoins suscité des critiques, certains craignant, sur le plan pratique, la prolifération des paraboles individuelles sur les immeubles collectifs d'habitation et d'autres fustigeant une position « désastreuse pour le droit d'auteur » (observations sur l'arrêt de la cour d'appel de Versailles du 16 mai 2002, objet du pourvoi, Ph. Gaudrat, *JCP* éd. E 2003, nº 43, 1508).

À l'occasion de l'examen du projet de loi relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, M. le député Christian Vanneste, rapporteur de la commission des lois, a déposé un amendement dont l'objectif affiché était de briser cette jurisprudence. Lors des débats parlementaires, il a ainsi fait valoir que : « La Cour de cassation, dans l'arrêt « Parly II » du 1er mars 2005, a assimilé les syndicats de copropriétaires à des entreprises de spectacles lorsqu'elles réacheminent des signaux de télévision reçus initialement par une antenne collective. Il va de soi que contraindre les syndicats de copropriétaires à payer une redevance de droit d'auteur pour cela n'est guère admissible, même si cela correspond à l'état de la loi. […] Un professeur de droit, spécialiste de droit de la propriété intellectuelle, écrivait après l'arrêt de 2005 : "En résumé, la solution retenue par la Cour de cassation ne heurte pas le droit positif. Mais sa mise en œuvre peut perturber la compréhension du droit d'auteur dans le corps social. N'oublions pas qu'il est important d'asseoir, tant juridiquement que sociologiquement, le droit d'auteur." On ne saurait être plus clair. On voit à

travers cette citation combien la préoccupation exprimée dans cet amendement rejoint la préoccupation générale du texte, qui est effectivement de conforter les droits d'auteur et leur logique même» (Assemblée nationale, compte rendu intégral, troisième séance du jeudi 16 mars 2006).

C'est dans ce contexte que la loi n° 2006-961 du 1er août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information a ajouté à l'article L. 132-20 du code de la propriété intellectuelle un 4°, rédigé en ces termes : «L'autorisation de télédiffuser une œuvre par voie hertzienne comprend la distribution à des fins non commerciales de cette télédiffusion sur les réseaux internes aux immeubles ou ensembles d'immeubles collectifs à usage d'habitation installés par leurs propriétaires ou copropriétaires, ou par les mandataires de ces derniers, à seule fin de permettre le raccordement de chaque logement de ces mêmes immeubles ou ensembles d'immeubles collectifs à usage d'habitation à des dispositifs collectifs de réception des télédiffusions par voie hertzienne normalement reçues dans la zone».

Cette même loi, qui réalise la transposition de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, a, en outre, introduit, dans l'article L. 122-5 du code de la propriété intellectuelle, de nouvelles exceptions au monopole de l'auteur. Le législateur a, notamment, institué une exception dite d'information, l'article L. 122-5, 9°, prévoyant que l'auteur ne peut interdire «la reproduction ou la représentation, intégrale ou partielle, d'une œuvre d'art graphique, plastique ou architecturale, par voie de presse écrite, audiovisuelle ou en ligne, dans un but exclusif d'information immédiate et en relation directe avec cette dernière, sous réserve d'indiquer clairement le nom de l'auteur», tout en précisant que cette exception «ne s'applique pas aux œuvres, notamment photographiques ou d'illustration, qui visent elles-mêmes à rendre compte de l'information» et que «les reproductions ou représentations qui, notamment par leur nombre ou leur format, ne seraient pas en stricte proportion avec le but exclusif d'information immédiate poursuivi ou qui ne seraient pas en relation directe avec cette dernière donnent lieu à rémunération des auteurs sur la base des accords ou tarifs en vigueur dans les secteurs professionnels concernés».

Même si cela ne résulte pas expressément des débats parlementaires, chacun s'accorde à considérer que cette exception trouve sa source dans l'arrêt «Utrillo» rendu en 2003 par la Cour de cassation (1re Civ., 13 novembre 2003, pourvoi n° 01-14.385, *Bull.* 2003, I, n° 229). Dans cette affaire, l'ayant droit du peintre Maurice Utrillo avait assigné en contrefaçon la société France 2, lui reprochant d'avoir montré plusieurs tableaux de l'artiste à l'occasion de la diffusion d'un reportage consacré à une exposition de peintures. La Cour de cassation avait approuvé la cour d'appel de Paris d'avoir, d'une part, retenu que la représentation intégrale d'une œuvre ne pouvait relever de l'exercice du droit de courte citation, d'autre part, écarté la théorie de l'accessoire après avoir fait ressortir que les apparitions successives des tableaux en cause étaient délibérées.

Bien que cette décision ait été majoritairement approuvée, une partie de la doctrine avait souligné la conception très restrictive de l'exception de courte citation retenue par la Cour de cassation et mis en garde contre le risque, pour le droit d'auteur lui-même, d'adopter des solutions trop rigides (voir, notamment, en ce sens : Ch. Geiger, «Exception de citation et droits fondamentaux, une occasion manquée de faire avancer le discours sur les exceptions au droit d'auteur ?», *JCP* éd. G 2004, II, 10080 ; C. Caron,

« Droits de l'homme et droit d'auteur : inquiétudes (provisoirement) dissipées », *Comm. com. electr*. 2004, p. 25).

L'adoption de l'exception d'information démontre que le législateur a été sensible à ces critiques. Certains auteurs y ont vu la volonté de ce dernier « de briser la jurisprudence Utrillo de la Cour de cassation […] et de satisfaire le "lobby" des chaînes de télévision » (F. Pollaud-Dulian, *RTD Com*. 2014, p. 818). D'autres, au contraire, considèrent que cette disposition nouvelle « est, dans une espèce de dialogue entre le législateur et le juge, la réponse du Parlement aux nécessités apparues dans l'affaire Utrillo » (voir, en ce sens, le commentaire sous l'article L. 122-5 du code Dalloz de la propriété intellectuelle).

Qu'elle soit la marque d'un désaveu ou le signe d'un échange, cette exception est interprétée strictement par la Cour de cassation, qui a refusé d'en faire application à la reproduction d'œuvres du peintre Pablo Picasso figurant sur le site édité par la société Artprice.com, dès lors que cette société, « qui donnait des informations générales sur le marché de l'art, sans lien exclusif avec l'actualité, s'était placée en situation d'offre permanente au public des reproductions litigieuses » et « ne poursuivait pas un but exclusif d'information immédiate du public » (1re Civ., 10 septembre 2014, pourvoi n° 13-14.532).

2. En matière de responsabilité

L'affaire dite « Perruche », par sa médiatisation et le nombre de commentaires auxquels elle a donné lieu, est atypique. Elle est aussi emblématique des rapports entre la loi et la jurisprudence, la loi combattant la jurisprudence avant que la jurisprudence ne combatte à son tour la loi (a). La question de l'indemnisation, par la solidarité nationale, des dommages consécutifs à un acte de chirurgie esthétique illustre encore le phénomène d'une jurisprudence brisée par la loi (b).

a. La réparation des préjudices liés à la naissance d'un enfant avec un handicap non décelé pendant la grossesse à la suite d'une faute

La Cour de cassation a retenu, dans le cas d'actions en responsabilité consécutives à la naissance d'enfants dont le handicap n'avait pas été décelé pendant la grossesse à la suite d'une faute, que les parents pouvaient demander la réparation de leurs préjudices (voir notamment 1re Civ., 26 mars 1996 pourvoi n° 94-13.145, *Bull*. 1996, I, n° 155 et Ass. plén., 28 novembre 2001 pourvoi n° 00-11.197, *Bull.* 2001, Ass. plén., n° 15), et que l'enfant pouvait aussi être indemnisé du préjudice résultant de son handicap et causé par les fautes retenues dans la prise en charge de la grossesse de sa mère ayant empêché celle-ci de l'interrompre afin d'éviter qu'il naisse atteint d'un handicap (voir notamment Ass. plén., 17 novembre 2000, pourvoi n° 99-13.701 *Bull*. 2000, Ass. plén., n° 9 ; *Rapport* 2000, p. 386, et 28 novembre 2001, pourvoi n° 00-14.248, *Bull.* 2001, Ass. plén., n° 16 *Rapport* 2001, p. 425), le Conseil d'État ayant aussi admis une indemnisation du préjudice des parents (CE, 14 février 1997, CHR Nice n° 133238, publié au *Recueil Lebon*) mais écarté celle de l'enfant, en l'absence d'un lien de causalité entre la faute de l'hôpital et l'infirmité de l'enfant.

L'article 1er, I, de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, transposé par la loi n° 2005-102 du 11 février 2005, à l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles, a contré cette jurisprudence

en affirmant que « nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance », que « lorsque la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé est engagée vis-à-vis des parents d'un enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse à la suite d'une faute caractérisée, les parents peuvent demander une indemnité au titre de leur seul préjudice », que « ce préjudice ne saurait inclure les charges particulières découlant tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap » et que « la compensation de ce dernier relevait de la solidarité nationale ». Cette disposition a mis un terme à toute possibilité de recours de l'enfant mais elle a également porté atteinte au droit des parents d'obtenir la réparation de l'ensemble des préjudices afférents au handicap retenu par le Conseil d'État et la Cour de cassation et conditionné la responsabilité à l'exigence d'une faute caractérisée.

L'article 1er, I, a été déclaré applicable aux instances en cours, à l'exception de celles où il avait été irrévocablement statué sur le principe de l'indemnisation. Cette application par les juridictions judiciaires et administratives a entraîné, dans les procédures en cours, une importante réduction des indemnités antérieurement allouées aux parents et un rejet des demandes d'indemnisation des préjudices subis par les enfants.

Ces dispositions transitoires ont alors été considérées comme violant l'article 1er du Protocole additionnel no 1 à la Convention européenne des droits de l'homme protégeant le droit au respect des biens et comme contraires à la Constitution.

La Cour européenne des droits de l'homme est, en effet, entrée en voie de condamnation à l'égard de la France, en relevant notamment que des considérations liées à l'éthique, à l'équité et à la bonne organisation du système de santé, ne pouvaient, en l'espèce, légitimer une rétroactivité dont l'effet avait été de priver des requérants, sans indemnisation adéquate, d'une partie substantielle de leurs créances en réparation, leur faisant ainsi supporter une charge spéciale et exorbitante, qu'une atteinte aussi radicale aux droits des intéressés avait rompu le juste équilibre devant régner entre, d'une part, les exigences de l'intérêt général et, d'autre part, la sauvegarde du droit au respect des biens, et que l'article 1er de la loi du 4 mars 2002 avait donc violé, dans la mesure où il concernait les instances qui étaient en cours le 7 mars 2002, date de son entrée en vigueur, l'article 1er du Protocole no 1 précité (CEDH, Gde chambre, 6 octobre 2005 Draon c. France, requête no 1513/03 et Maurice c. France, requête no 11810/03).

La Cour de cassation et le Conseil d'État ont, ensuite, écarté l'application de l'article L. 114-5 aux instances en cours à la date d'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002 comme étant incompatible avec l'article 1er de ce protocole n'admettant la privation d'un droit de créance en responsabilité qu'à la condition que soit respecté le juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et les impératifs de sauvegarde du droit au respect des biens et que tel n'était pas le cas en l'espèce. La Cour de cassation a, en outre, au visa de l'article 1er du Protocole no 1 écarté l'application de la loi aux enfants nés avant l'entrée en vigueur de la loi, quelle que soit la date de l'introduction de la demande en justice (1re Civ., 8 juillet 2008, pourvoi no 07-12159, *Bull.* 2008, I, no 190), contrairement au Conseil d'État (CE, 31 mars 2014, Centre hospitalier de Senlis M. et Mme M. no 345812, 346767, mentionné au *Recueil Lebon*).

Le Conseil constitutionnel a retenu que, si des motifs d'intérêt général pouvaient justifier que les nouvelles règles fussent rendues applicables aux instances à venir relatives aux situations juridiques nées antérieurement, ils ne pouvaient justifier des modifications aussi importantes aux droits des personnes qui avaient, antérieurement à cette

date, engagé une procédure en vue d'obtenir la réparation de leur préjudice. Il en a déduit que le 2 du paragraphe II de l'article 2 de la loi du 11 février 2005 était contraire à la Constitution (Cons. const. 11 juin 2010, nº 2010-2 QPC), de sorte que cette disposition transitoire a été abrogée.

La Cour de cassation a considéré, en se fondant sur le dispositif de la décision du Conseil constitutionnel, ne mentionnant pas de limitation du champ de cette abrogation, et sur l'article 2 du code civil, que l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles n'était pas applicable, indépendamment de la date de l'introduction de la demande en justice, s'agissant d'un dommage survenu antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002 (1re Civ., 15 décembre 2011, pourvoi nº 10-27.473, *Bull.* 2011, I, nº 216). Le Conseil d'État, se fondant sur les motifs de la décision du Conseil constitutionnel en a, au contraire, déduit que l'article L. 114-5 était applicable aux enfants nés avant l'entrée en vigueur de la loi (CE, 13 mai 2011, Mme L. nº 329290, publié au *Recueil Lebon*).

Cette loi est, en revanche, toujours considérée comme applicable aux enfants nés après son entrée en vigueur (1re Civ., 14 novembre 2013, pourvoi nº 12-21.576, *Bull.* 2013, I, nº 221 et CE 13 mai 2011 préc.).

b. L'indemnisation par la solidarité nationale de dommages graves consécutifs à une intervention de chirurgie esthétique

La Cour de cassation a admis une indemnisation par la solidarité nationale des dommages graves consécutifs à des actes de chirurgie esthétique, quand ils sont réalisés dans les conditions prévues aux articles L. 6322-1 et L. 6322-2 du code de la santé publique, ainsi que les actes médicaux qui leur sont préparatoires, en considérant qu'ils constituaient des actes de soins au sens de l'article L. 1142-1 du même code. Elle en a déduit, dans le cas d'une patiente décédée des suites d'un malaise cardiaque provoqué, juste avant l'anesthésie préalable à une intervention de liposuccion, par l'injection de produits sédatifs, qu'une cour d'appel, après avoir retenu la responsabilité des praticiens au titre d'une perte de chance de 30 % d'éviter le dommage consécutive à un défaut d'information, avait décidé à juste titre que, le décès étant dû à un accident médical non fautif, l'ONIAM devait indemniser les ayants droit à hauteur de 70 % du préjudice subi (1re Civ., 5 février 2014, pourvoi nº 12-29.140, *Bull.* 2014, I, nº 21).

Afin notamment de contrer cette jurisprudence, contestée par l'ONIAM, la loi nº 2014-554 du 22 décembre 2014 de financement de la sécurité sociale pour 2015 a créé l'article L. 1142-3-1 du code de la santé publique, prévoyant que le dispositif de réparation des préjudices subis par les patients au titre de la solidarité nationale mentionné au II de l'article L. 1142-1 et aux articles L. 1142-1-1 et L. 1142-15 du code de la santé publique n'est pas applicable aux demandes d'indemnisation de dommages imputables à des actes dépourvus de finalité préventive, diagnostique, thérapeutique ou reconstructrice, y compris dans leur phase préparatoire ou de suivi.

3. En matière pénale

Le législateur a pu adopter des lois ayant pour objet de briser une jurisprudence.

On citera à ce titre la jurisprudence relative à la notion de contrainte, un des quatre éléments permettant de caractériser l'absence de consentement qu'impliquent l'agression

sexuelle et le viol, en particulier dans l'hypothèse où des actes sexuels sont imposés à un mineur sans l'usage de la force physique.

Par trois arrêts du 21 octobre 1998, la chambre criminelle a interdit que la violence ou la contrainte puisse se déduire du fait que la victime était mineure de quinze ans ou qu'elle était placée sous l'autorité de droit ou de fait de l'auteur des faits alors que cet élément ne constitue qu'une circonstance aggravante du délit d'agression sexuelle (pourvoi nº 98-83.843, *Bull. crim.* 1998, nº 274) ; cette jurisprudence a été confirmée le 10 mai 2001 (pourvoi nº 00-87.659, *Bull. crim.* 2001, nº 116) et le 14 novembre 2001 (pourvoi nº 01-80.865, *Bull. crim.* 2001, nº 239).

Si la chambre criminelle a par la suite atténué cette jurisprudence en jugeant que l'état de contrainte ou de surprise pouvait résulter du très jeune âge des enfants qui les rendait incapables de réaliser la nature et la gravité des actes qui leur étaient imposés (Crim., 7 décembre 2005, pourvoi nº 05-81.316, *Bull. crim.* 2005, nº 326), il ne s'agissait que d'un retour partiel à la situation antérieure puisqu'elle ne portait que sur les mineurs particulièrement jeunes, considérés comme dépourvus de discernement, mais n'était pas applicable dans les affaires d'agressions sexuelles sur des victimes préadolescentes ou jeunes adolescentes où il n'avait pas été fait usage de la contrainte physique.

C'est pour consacrer une solution différente que le législateur est intervenu à l'occasion de la loi nº 2010-121 du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux, qui a inséré dans le code pénal l'article 222-22-1 qui énonce, d'une part, que la contrainte peut être physique ou morale et, d'autre part, que la contrainte morale peut résulter de la différence d'âge existant entre une victime mineure et l'auteur des faits et de l'autorité de droit ou de fait que celui-ci exerce sur cette victime.

On évoquera aussi, à titre prospectif, la jurisprudence relative aux pouvoirs dévolus aux officiers de police judiciaire dans le cadre de l'article 78 du code de procédure pénale.

Par un arrêt du 22 février 2017, la chambre criminelle a énoncé que l'article 78 du code de procédure pénale ne permettait pas à l'officier de police judiciaire, autorisé par le procureur de la République à contraindre une personne à comparaître par la force publique, de pénétrer de force dans un domicile, une telle atteinte à la vie privée ne pouvant résulter que de dispositions légales spécifiques confiant à un juge le soin d'en apprécier préalablement la nécessité (Crim., 22 février 2017, pourvoi nº 16-82.412, *Bull. crim.* 2017, nº 50 ; F. Cordier, « La limite des pouvoirs dévolus aux officiers de police judiciaire dans le cadre de l'article 78 du code de procédure pénale », *RSC* 2017, p. 331 ; M. Murbach-Vibert et J.-F. Barre, « La chambre criminelle sonne-t-elle le glas de l'article 78 du code de procédure pénale ? », *AJ pénal* 2017, p. 227).

Tirant les conséquences de cette décision, le gouvernement a inséré, dans le projet de loi de programmation pour la justice 2018-2022, un article 31, III, qui prévoit la possibilité pour les forces de l'ordre, à la demande du procureur de la République, de pénétrer de jour dans un domicile aux seules fins d'interpeller une personne suspectée d'un crime ou d'un délit puni d'au moins trois ans d'emprisonnement, comme c'est déjà le cas pour les mandats de recherche.

Cette disposition a été approuvée par le Conseil d'État dans son avis du 12 avril 2018, rendu public, qui a estimé que « la protection constitutionnelle de l'inviolabilité du domicile n'impose pas l'autorisation d'un juge pour l'introduction dans un domicile

aux seules fins d'appréhender une personne soupçonnée d'avoir commis une infraction punie d'une peine d'emprisonnement d'au moins trois ans d'emprisonnement» (§ 75).

C. La prise en compte dans une loi constitutionnelle

S'il s'applique d'ordinaire aux lois et règlements, le dialogue entre la Cour de cassation et les autorités titulaires du pouvoir normatif peut étendre ses effets, le cas échéant, aux règles constitutionnelles. On en voudra pour preuve l'évolution, intervenue voici une vingtaine d'années, du régime de la responsabilité pénale du Président de la République du fait des faits et actes antérieurs à son investiture consécutivement à l'arrêt rendu, dans la formation solennelle de l'assemblée plénière, par la Cour de cassation (Ass. plén., 10 octobre 2001, pourvoi nº 01-84.922, *Bull.* 2001, Ass. plén., nº 11; *D.* 2001, p. 3365, note L. Favoreu; *Rev. adm.* 2002, p. 637, note G. Drago; *RD publ.* 2001, p. 1613, note D. Chagnollaud, et p. 1625, note X. Prétot; *RFD adm.* 2001, p. 1169, notes O. Jouanjan, P. Wachsmann et O. Beaud; *RFD const.* 2002, p. 49, concl. R. de Gouttes; *RTD civ.*, 2002, p. 169, note N. Molfessis).

Le juge d'instruction peut-il entendre, au besoin en mobilisant des mesures de contrainte prévues en la matière par l'article 109 du code de procédure pénale, le Président de la République en qualité de témoin pour des faits se rapportant aux fonctions édilitaires qu'il exerçait dans la capitale antérieurement à son élection ? La question ainsi posée touchait, au premier chef, à la portée qu'il y avait lieu d'attacher aux dispositions de l'article 68, alinéa 1, de la Constitution. Certes, celles-ci ne se rapportaient formellement, dans leur rédaction alors applicable, qu'à la responsabilité du Président de la République du fait de l'exercice de ses fonctions, la Constitution excluant toute responsabilité, hors le cas de haute trahison, et soumettant alors le chef de l'État à la juridiction de la Haute Cour de justice saisie par voie de résolution conjointe des deux assemblées. Le Conseil constitutionnel n'en avait pas moins énoncé, à l'occasion de l'examen du traité portant statut de la Cour pénale internationale, «qu'il résulte de l'article 68 de la Constitution que le Président de la République, pour les actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions, bénéficie d'une immunité», avant d'ajouter «qu'au surplus, pendant la durée de ses fonctions, sa responsabilité pénale ne peut être mise en cause que devant la Haute Cour de justice, selon les modalités prévues par le même article» (Cons. const., 22 janvier 1999, décision nº 98-408 DC, Traité portant statut de la Cour pénale internationale, considérant nº 16). C'est d'ailleurs forts de cette interprétation que les juges d'instruction, approuvés par la juridiction d'appel, s'étaient déclarés incompétentes pour convoquer le locataire de l'Elysée et l'entendre en qualité de témoin.

Si la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre cette décision, c'est au terme d'un raisonnement radicalement différent qui conduit à fonder l'immunité du Président de la République pendant la durée de son mandat à l'égard de la juridiction répressive non sur l'application en lieu et place des règles de droit commun des dispositions de l'article 68 de la Constitution, mais, plus radicalement, sur la place même du Président de la République au sein des institutions de la République : la Cour de cassation rappelle ainsi que «rapproché de l'article 3 [qui traite de la souveraineté nationale] et du titre II de la Constitution [qui réunit les dispositions relatives au Président de la République], l'article 68 doit être interprété en ce sens qu'étant directement élu par le peuple pour assurer, notamment, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'État, le Président de la République ne peut, pendant la durée de

son mandat, être entendu comme témoin assisté, ni être mis en examen, cité ou renvoyé pour une infraction quelconque devant une juridiction pénale de droit commun, qu'il n'est pas davantage soumis à l'obligation de comparaître en tant que témoin prévue par l'article 101 du code de procédure pénale dès lors que cette obligation est assortie par l'article 109 dudit code d'une mesure de contrainte par la force publique et qu'elle est pénalement sanctionnée». Découlant de la nature même des fonctions dévolues au Président de la République, cette immunité ne dure que le temps du mandat de l'intéressé et prend fin lors de son retour à la vie ordinaire; il appartient alors aux seules juridictions de droit commun de diligenter des actes de procédure à l'encontre de l'intéressé pour les faits antérieurs à son mandat, d'autant plus aisément que la prescription de l'action publique est suspendue pendant la durée de ce dernier.

La solution ainsi retenue par l'assemblée plénière a été, en quelque sorte, codifiée quelques années plus tard lors de la révision de la Constitution. Instituée par le décret nº 2002-961 du 4 juillet 2002, placée sous la présidence de M. Pierre Avril, professeur d'université, la commission de réflexion sur le statut pénal du Président de la République a proposé en effet, dans son rapport déposé le 12 octobre suivant, de reconnaître au chef de l'État une inviolabilité totale pendant la durée de son mandat. Cette proposition a été reprise par la loi constitutionnelle nº 2007-238 du 23 février 2007 qui, procédant à la révision des articles 67 et 68 de la Constitution, a consacré la protection du Président de la République (*Cf.* D. Thomé, commentaire des articles 67 et 68 : *La Constitution de la République française* [dir. F. Luchaire, G. Conac et X. Prétot], Economica, 2009, 3e éd., p. 1579).

Section 2. L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel

Pour la Cour de cassation, l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel est très précisément déterminée, ainsi que l'a énoncé, en des termes on ne peut plus nets, l'assemblée plénière lors de l'examen d'un pourvoi se rapportant au statut pénal du Président de la République : «si l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel s'attache non seulement au dispositif, mais aussi aux motifs qui en sont le soutien nécessaire, ces décisions ne s'imposent aux pouvoirs publics et aux autorités administratives et juridictionnelles qu'en ce qui concerne le texte soumis à l'examen du Conseil»; formulée à l'occasion de l'examen du traité portant statut de la Cour pénale internationale, l'interprétation des termes de l'article 68 de la Constitution retenue par le Conseil constitutionnel ne s'imposait nullement à la Cour de cassation appelée à connaître d'un pourvoi se rapportant à la procédure suivie devant une juridiction d'instruction saisie de poursuites pénales (Ass. plén., 10 octobre 2001, pourvoi nº 01-84.922, *Bull.* 2001, Ass. plén., nº 11; D. 2001, p. 3365, note L. Favoreu; *Rev. adm.* 2002, p. 637, note G. Drago; *RD publ.* 2001, p. 1613, note D. Chagnollaud, et p. 1625, note X. Prétot; *RFD adm.* 2001, p. 1169, notes O. Jouanjan, P. Wachsmann et O. Beaud; *RFD const.* 2002, p. 49, concl. R. de Gouttes; *RTD civ.*, 2002, p. 169, note N. Molfessis).

Pour autant, l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel varie selon que l'on se trouve dans le cadre du contrôle *a priori* (§ I) exercé par le Conseil constitutionnel sur une loi non encore promulguée (article 61 de la Constitution du 4 octobre 1958) ou bien dans celui du contrôle *a posteriori* (§ II) mis en œuvre par la voie de la question prioritaire de constitutionnalité (article 61-1 de la Constitution).

§ I. Dans le cadre du contrôle *a priori*

En l'absence de tout lien hiérarchique entre la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel, il n'existe pas de sanction en cas de non-respect des décisions de ce dernier par la première.

S'agissant du contrôle *a priori*, l'autorité des décisions de non-conformité est absolue, la disposition législative déclarée inconstitutionnelle n'étant pas promulguée.

La Cour de cassation a adopté une conception relative de l'autorité de la chose jugée, reprenant ainsi l'interprétation de l'article 62 de la Constitution retenue par le Conseil constitutionnel (Cons. const., 16 janvier 1962, décision n° 62-18 L, nature juridique des dispositions de l'article 31 [alinéa 2] de la loi n° 60-808 du 5 août 1960 d'orientation agricole; Cons. const., 20 juillet 1988, décision n° 88-244 DC, Loi portant amnistie; Cons. const., 26 juillet 1989, décision n° 89-259 DC, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication).

De manière générale, la Cour de cassation, au motif qu'elle ne se sentait pas liée par les décisions du Conseil constitutionnel, a refusé de considérer que l'article 62 de la Constitution du 4 octobre 1958 s'appliquait lorsque n'était pas en jeu la loi soumise au Conseil elle-même. M. l'avocat général de Gouttes évoquait la possibilité de s'aligner sur les interprétations suffisamment persuasives du Conseil (« Le dialogue des juges et l'effet des décisions du Conseil constitutionnel sur le Conseil d'État et la Cour de cassation », colloque du cinquantenaire du Conseil constitutionnel, 8 novembre 2008).

Ainsi, à titre d'exemple, alors que le Conseil constitutionnel (Cons. const., 12 janvier 1977, décision n° 76-75 DC, Loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales; *AJDA* 1978, p. 215, note J. Rivero) avait déclaré non conformes à la Constitution les dispositions de l'article unique de la loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales au motif qu'elles portaient « atteinte aux principes essentiels sur lesquels repose la protection de la liberté individuelle » (considérant 5), la chambre criminelle, refusant de faire application de cette jurisprudence, a rejeté le pourvoi d'un conducteur qui, pour s'être opposé à la fouille du coffre de son véhicule, avait été condamné pour infraction à l'article L. 4 du code la route alors en vigueur (Crim., 8 novembre 1979, pourvoi n° 78-92.914, *Bull. crim.* 1979, n° 311; *JCP* 1980, J., 19337, note J. Davia, et P. Chambon « L'ouverture forcée du coffre des véhicules automobiles », *JCP* 1980, I, 2983).

Dans de rares cas, la chambre criminelle a appliqué directement la norme constitutionnelle.

Ainsi au visa de l'article 68-1 de la Constitution du 4 octobre 1958, la chambre criminelle a cassé un arrêt d'une chambre d'accusation qui avait élargi la portée de cette disposition, considérant que la compétence de la Cour de justice de la République était limitée aux seules infractions commises par des ministres dans l'exercice de leurs fonctions et ayant un rapport direct avec la détermination de la conduite des affaires de l'État (Crim., 13 décembre 2000, pourvoi n° 00-82.617, *Bull. crim.* 2000, n° 375). De même, la chambre criminelle, visant les dispositions de l'article 26 de la Constitution, a censuré un arrêt qui n'avait pas répondu aux conclusions d'un prévenu, député,

fondées sur l'inobservation d'un principe constitutionnel qui – à la supposer fondée – conditionnait la validité des poursuites (Crim., 5 juillet 1983, pourvoi nº 82-92-737, *Bull. crim.* 1983, nº 215).

Mais, le plus souvent, lorsque la chambre a adopté la même interprétation que le Conseil constitutionnel, elle n'y a fait référence ni dans ses visas, ni dans ses motifs (Crim., 16 décembre 2009, pourvoi nº 09-85.153, *Bull. crim.* 2009, nº 216, relatif à la qualification de mesures de sûreté et non de peines des mesures prononcées par le juge en cas de déclaration d'irresponsabilité pénale, dans le droit fil de la décision nº 2008-562 DC du 21 février 2008 du Conseil constitutionnel concernant la loi nº 2008-174 du 25 février 2008 relative à la procédure et aux décisions d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental).

La chambre criminelle de la Cour de cassation a considéré également que les réserves directes énoncées par le Conseil constitutionnel étaient revêtues de l'autorité de chose jugée, notamment en matière de garde à vue, sur la mise en œuvre de l'obligation d'information de l'autorité judiciaire (Crim., 24 novembre 1998, pourvoi nº 98-82.496, *Bull. crim.* 1998, nº 314) et pour l'application de l'article 77-1-1 du code de procédure pénale concernant l'autorisation préalable du ministère public avant la transmission d'une réquisition par un officier de police judiciaire à un opérateur téléphonique (Crim., 1er septembre 2005, pourvoi nº 05-84.061, *Bull. crim.* 2005, nº 211).

§ 2. Dans le cadre du contrôle *a posteriori*

S'agissant du contrôle *a posteriori* instauré par la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008, entrée en vigueur depuis le 1er mars 2010, les décisions du Conseil constitutionnel faisant suite à la transmission d'une question prioritaire doivent logiquement s'imposer avec encore plus de force, y compris avec ses réserves d'interprétation.

Dans le cadre de l'examen des questions prioritaires de constitutionnalité, le Conseil, reconnaissant le rôle régulateur de la Cour de cassation, examine la disposition législative à la lumière de l'interprétation donnée par cette cour suprême. Le justiciable a, en conséquence, le droit de contester la constitutionnalité de l'interprétation jurisprudentielle constante donnée à cette disposition (Cons. const., 6 octobre 2010, décision nº 2010-39 QPC, Mmes Isabelle D. et Isabelle B. [Adoption au sein d'un couple non marié], Cons. const., 14 octobre 2010, décision nº 2010-52 QPC, Compagnie agricole de la Crau [Imposition due par une société agricole]).

Parallèlement, la Cour de cassation prend en compte les décisions du Conseil constitutionnel, leur reconnaissant ainsi l'autorité de la chose interprétée. Cette autorité des décisions du Conseil est essentielle pour l'unité de l'interprétation de la Constitution, la sécurité juridique et l'égalité devant la loi.

Les réserves d'interprétation sont revêtues de la même autorité de l'article 62 et les juges doivent les prendre en considération lorsqu'ils font application du texte en cause.

La chambre criminelle a ainsi contrôlé la manière dont avaient été appliquées par les juges du fond les réserves d'interprétation du Conseil constitutionnel.

Sur les réserves relatives aux dispositions de l'article 803-3 du code de procédure pénale sur la rétention avant comparution (Cons. const., 17 décembre 2010, décision nº 2010-80 QPC, M. Michel F. [Mise à la disposition de la justice]), la chambre

criminelle a vérifié que la chambre de l'instruction avait bien justifié sa décision sans méconnaître ces réserves (Crim., 28 février 2012, pourvoi nº 11-86.953).

Sur la réserve concernant l'article 148 du code de procédure pénale (Cons. const., 17 décembre 2010, décision nº 2010-62 QPC, M. David M. [Détention provisoire : procédure devant le juge des libertés et de la détention]), la chambre criminelle de la Cour de cassation a estimé qu'aucune obligation n'était faite au juge des libertés et de la détention d'attendre la transmission d'éventuelles observations des parties, celle-ci n'étant prévue ni par les textes légaux, ni par le Conseil constitutionnel, et a rappelé les conséquences de l'effet dévolutif de l'appel sur l'application de cette disposition, un débat contradictoire ayant eu lieu devant la chambre de l'instruction (Crim., 26 octobre 2011, pourvoi nº 11-86.117, *Bull. crim.* 2011, nº 220 ; Crim., 20 février 2013, pourvoi nº 12-88.020 ; Crim., 6 septembre 2016, pourvoi nº 16-84.114 ; Crim., 3 mai 2017, pourvoi nº 17-81.124).

Sur la réserve émise au sujet de l'article 78 du code de procédure pénale (Cons. const., 18 juin 2012, décision nº 2012-257 QPC, Société Olano Carla et autre [Convocation et audition par OPJ en enquête préliminaire]), la chambre criminelle a veillé à son application dans le temps, s'agissant d'une audition antérieure au 19 juin 2012 (Crim., 11 juin 2013, pourvoi nº 13-81.255).

Sur les réserves relatives à l'article 1729 du code général des impôts et certaines dispositions de l'article 1741 dudit code (Cons. const., 24 juin 2016, décision nº 2016-545 QPC, M. Alec W. et autre [Pénalités fiscales pour insuffisance de déclaration et sanctions pénales pour fraude fiscale] ; Cons. const., 24 juin 2016, décision nº 2016-546 QPC, M. Jérôme C. [Pénalités fiscales pour insuffisance de déclaration et sanctions pénales pour fraude fiscale]), la chambre criminelle a énoncé que celles-ci ne s'appliquaient qu'à une poursuite pénale exercée pour des faits de dissimulation volontaire d'une partie des sommes sujettes à l'impôt et non d'omission volontaire de faire une déclaration dans les délais prescrits, et nécessitait qu'il fût justifié de l'engagement d'une procédure administrative de sanction ou que la décision de décharge rendue par le juge administratif ou civil concernât le même impôt et fût devenue définitive (Crim., 22 février 2017, pourvoi nº 16-82.047, *Bull. crim.* 2017, nº 51 ; Crim., 31 mai 2017, pourvoi nº 15-82.159, *Bull. crim.* 2017, nº 146 ; Crim., 28 juin 2017, pourvoi nº 16-81.149, *Bull. crim.* 2017, nº 183).

Sur la réserve d'interprétation, émise par le Conseil constitutionnel au paragraphe 21 de sa décision nº 2016-546 QPC du 24 juin 2016 précitée, la chambre criminelle de la Cour de cassation a considéré qu'elle était dépourvue d'incidence sur la règle selon laquelle la poursuite du délit de blanchiment, infraction générale, distincte et autonome, n'était pas soumise aux dispositions de l'article L. 228 du livre des procédures fiscales (Crim., 27 mars 2018, pourvoi nº 16-87.585, publié au *Bulletin*).

L'application de la décision du Conseil constitutionnel du 18 juin 2010 nº 2010-8 QPC sur l'indemnisation de la faute inexcusable illustre également le phénomène.

L'indemnisation des accidents du travail et des maladies professionnelles relève principalement des règles instaurées par le code de la sécurité sociale qui prévoit une indemnisation forfaitaire et limitée du préjudice mise à la charge des caisses d'assurance maladie. Lorsque l'accident est dû à la faute inexcusable de l'employeur ou de ceux qu'il s'est substitués dans la direction, la victime ou ses ayants droit peuvent prétendre

à une majoration de rente, payée par l'organisme social qui en récupère le montant auprès de l'employeur par l'imposition d'une cotisation complémentaire (articles L. 452-1 et L. 452-2 du code de la sécurité sociale). La liste de préjudices susceptibles d'être indemnisés en sus de la rente, énoncée par l'article L. 452-3 du code de la sécurité sociale, présentait un caractère limitatif avant la décision du Conseil constitutionnel du 18 juin 2010 (Soc., 28 mars 1996, pourvoi n° 93-14.540, *Bull.* 1996, V, n° 128 ; Soc., 16 novembre 1988, pourvoi n° 87-12.800, *Bull.* 1988, V, n° 603).

Par cette décision, le Conseil constitutionnel a confirmé le fondement constitutionnel de l'institution d'un régime spécifique de sécurité sociale applicable aux accidents du travail et aux maladies professionnelles se substituant partiellement à la responsabilité de l'employeur, ne réservant notamment la possibilité d'agir contre l'employeur qu'en cas de faute inexcusable ou intentionnelle et, s'il a considéré que le caractère forfaitaire de certains préjudices ne portait pas une atteinte disproportionnée au principe de responsabilité découlant de la liberté garantie par l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, il a considéré en revanche qu'il n'en était pas de même s'agissant de la limitation des préjudices indemnisables résultant de l'article L. 452-3 du code de la sécurité sociale précité. Il a affirmé ainsi que « les dispositions de ce texte ne sauraient, sans porter une atteinte disproportionnée aux droits des victimes d'actes fautifs, faire obstacle à ce que ces mêmes personnes [...] puissent demander à l'employeur réparation de l'ensemble des dommages non couverts par le livre IV » du code de la sécurité sociale (Cons. Const., décision du 18 juin 2010, QPC n° 2010-8, Époux L. [Faute inexcusable de l'employeur]).

Cette réserve d'interprétation a donné lieu à nombre de questions. Devait-elle avoir pour effet une extension du rôle des organismes de sécurité sociale qui devraient faire l'avance des indemnités réparant les nouveaux chefs de préjudice excédant ceux définis par l'article L. 452-3 du code de la sécurité sociale ? Devait-elle avoir pour conséquence d'autoriser une réparation intégrale subie par la victime d'un accident du travail dû à la faute inexcusable de son employeur ?

La question était permise d'autant plus que la décision du Conseil constitutionnel ne précisait pas si la réparation complémentaire devait s'étendre à l'intégralité du préjudice subi selon les règles du droit commun, le commentaire de la décision aux *Cahiers du Conseil constitutionnel* réservant, d'ailleurs, explicitement sur ce point l'appréciation de la Cour de cassation.

Quels préjudices devenaient désormais réparables ?

Au fil des pourvois, la Cour de cassation a apporté les réponses nécessaires. Par plusieurs arrêts de principe du 4 avril 2012, elle affirme que le caractère forfaitaire de la rente majorée servie à la victime d'un accident du travail dû à la faute inexcusable de son employeur n'a pas été remis en cause par la décision du Conseil constitutionnel, excluant ainsi tout principe de la réparation intégrale du préjudice causé par un tel accident (2e Civ., 4 avril 2012, pourvois n° 11-14.311 et n° 11-15.393, *Bull.* 2012, V n° 67 et 2e Civ., pourvoi n° 11-10.308, *Bull.* 2012, II, n° 68). Dès lors, cette décision doit s'entendre comme proscrivant le caractère limitatif des préjudices indemnisables énoncés par l'article L. 452-3 du code de la sécurité sociale. Elle affirme également que les organismes sociaux doivent faire l'avance de tous les chefs de préjudice non couverts par le livre IV du code de la sécurité sociale du fait de l'insertion et de la rédaction de ces dispositions au sein de l'article L. 452-3 du code de la sécurité sociale.

Sa jurisprudence dessine les contours des nouveaux préjudices intégralement indemnisables et reconnaît au salarié victime d'un accident du travail dû à la faute inexcusable de son employeur le droit de prétendre à l'indemnisation de frais rendus nécessaires par l'aménagement de son logement et l'acquisition d'un véhicule adapté à son état (2e Civ., 30 juin 2011, pourvoi no 10-19.475, *Bull.* 2011, II, no 148) ou de ceux exposés pour l'assistance par une tierce personne temporaire (2e Civ., 20 juin 2013, pourvoi no 12-21.548, *Bull.* 2013, II, no 127).

La Cour de cassation admet également l'indemnisation du déficit fonctionnel temporaire qui inclut, pour la période antérieure à la consolidation, l'incapacité fonctionnelle totale ou partielle ainsi que le temps d'hospitalisation et les pertes de qualité de vie et des joies usuelles de la vie courante durant la maladie traumatique et jusqu'à la date de consolidation car n'étant pas couverte par le livre IV du code de la sécurité sociale (2e Civ., 20 juin 2013, pourvoi no 12-21.548, *Bull.* 2013, II, no 127).

En revanche, la Cour de cassation précise que la perte de gains professionnels résultant de l'incapacité permanente partielle subsistant à la date de consolidation, le déficit fonctionnel permanent et le retentissement professionnel de l'incapacité résultant de l'accident du travail ne peuvent être indemnisés spécifiquement dès lors que la rente servie en application de l'article L. 452-2 du code de la sécurité sociale les indemnise (2e Civ., 4 avril 2012, pourvois no 11-14.311 et no 11-15.393, précités).

Par ailleurs, la chambre mixte a jugé que la perte des droits à la retraite subie par une victime, bénéficiant d'une rente majorée, se trouvait déjà indemnisée par application des dispositions du livre IV, de sorte qu'elle ne pouvait donner lieu à une réparation distincte sur le fondement de l'article L. 452-3 du code de la sécurité sociale, dès lors que cette perte est couverte, de manière forfaitaire, par la rente majorée qui présente un caractère viager et répare notamment les pertes de gains professionnels et l'incidence professionnelle résultant de l'incapacité permanente partielle subsistant au jour de la consolidation (Ch. mixte, 9 janvier 2015, pourvoi no 13-12.310, *Bull.* 2015, Ch. mixte no 1 ; *Rapport* 2015, p. 129).

Chapitre 2. Les contraintes supranationales

Les contraintes supranationales sont à la fois matérielles et institutionnelles.

Elles sont susceptibles de multiples déclinaisons, mais seront particulièrement soulignées celles qui proviennent du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne. Les normes que ces deux organisations internationales secrètent jouissent de la primauté. L'uniformité de leur interprétation et de leur application est garantie par une juridiction dont les décisions sont obligatoires et dotées de l'autorité de chose jugée. Le renvoi préjudiciel, l'un des principaux facteurs d'intégration de l'ordre juridique de l'Union européenne, le réexamen des décisions en matière civile et pénale à la suite d'un constat de violation par la Cour européenne des droits de l'homme et la récente procédure de saisine pour avis (consultatif) de la juridiction strasbourgeoise sont autant de ponts entre la Cour de cassation et les juridictions européennes qui ont conduit à des reconfigurations institutionnelles. Ces spécificités justifient d'insister sur l'autorité

des décisions de la Cour de justice de l'Union européenne d'une part (section 1) et de la Cour européenne des droits de l'homme d'autre part (section 2).

Section 1. L'autorité des décisions de la CJUE

Prévu aux articles 19, paragraphe 3, sous b, du traité sur l'Union européenne et 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, le renvoi préjudiciel, destiné à garantir une interprétation et une application uniformes du droit de l'Union, est objectivement source de contraintes pour les cours suprêmes des États membres. Leurs décisions n'étant pas susceptibles de recours internes, elles y sont tenues, notamment, lorsqu'elles sont confrontées à une difficulté sérieuse d'interprétation de ce droit. La réponse apportée par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) s'impose à elles, l'influence de ses décisions s'étendant bien au-delà de la procédure à l'occasion de laquelle la question a été posée.

Évoquer l'autorité des décisions de la CJUE, c'est donc évoquer, d'une manière générale, l'autorité de ses arrêts rendus sur renvoi préjudiciel (§ I) et, de façon particulière, le rôle singulier de la Cour de justice en matière sociale (§ II).

§ I. L'autorité de l'arrêt préjudiciel

L'autorité de l'arrêt préjudiciel sera présentée à travers deux cas : l'effet probatoire du certificat E101 (devenu A1), délivré aux travailleurs détachés (A) et l'inscription des experts judiciaires sur les listes nationales (B).

A. L'effet probatoire du certificat E101 (devenu A1) délivré aux travailleurs détachés

La jurisprudence développée autour de la question de l'effet probatoire du certificat E101 (devenu A1), délivré aux travailleurs détachés, permet de mesurer ces contraintes dans un domaine, le droit de la preuve, où la Cour de cassation a pu, en droit interne, jouer un rôle normatif certain (voir par exemple sur la force probante conférée aux actes d'état civil étrangers : Crim., 17 juillet 1991, pourvoi n° 91-82.771, *Bull. crim*. 1991, n° 299).

Afin de garantir l'assujettissement des travailleurs se déplaçant dans le marché intérieur au système de sécurité sociale d'un seul État membre, la réglementation européenne (règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971 auquel a succédé le règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004) a posé le principe de rattachement du travailleur à la loi nationale de l'État sur le territoire duquel il travaille. Plusieurs dérogations ont été prévues, notamment lorsque le salarié est détaché temporairement sur le territoire d'un autre État membre, ou encore lorsqu'un salarié d'une entreprise de transports internationaux exerce son activité sur le territoire de plusieurs États membres. Dans ces situations dérogatoires, l'autorité compétente de l'État d'envoi délivre au travailleur qui le demande une attestation de rattachement sous la forme d'un certificat E101 (devenu A1).

La Cour de justice considère que ce formulaire E101 s'impose aux organismes sociaux de l'État d'emploi tant qu'il n'a pas été retiré ou invalidé par l'État d'envoi (CJCE,

arrêt du 10 février 2000, FTS, C-202/97 ; CJCE, arrêt du 30 mars 2000, Banks e. a., C-178/97), ainsi qu'aux juridictions de l'État d'accueil qui ne sont pas habilitées à vérifier sa validité (CJCE, arrêt du 26 janvier 2006, Herbosch Kiere, C-2/05 ; H. Verschueren ; « Sécurité sociale et détachement au sein de l'Union européenne. L'affaire Herbosch Kiere : une occasion manquée dans la lutte contre le dumping social transfrontalier et la fraude sociale », *Revue belge de sécurité sociale* 2006, p. 405). Cette jurisprudence a depuis été reprise dans l'article 5 du règlement (CE) n° 987/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009, fixant les modalités d'application du règlement (CE) n° 883/2004 précité (sur l'ensemble de cette jurisprudence voir par exemple P. Rodière, « Le détachement des travailleurs de l'Union européenne : une zone d'affrontements », *Semaine sociale Lamy* 2014, p. 1629).

Pourtant, dans des situations dénoncées comme caractérisant ce qu'il est communément admis d'appeler du « dumping social », la chambre criminelle, par deux arrêts du 11 mars 2014, a considéré que des sociétés de transport aérien, poursuivies notamment du chef de travail dissimulé, ne pouvaient se prévaloir de certificats E101 délivrés par l'autorité compétente d'un autre État membre dès lors que leur activité était entièrement orientée vers le territoire français et réalisée de façon habituelle, stable et continue dans des locaux ou avec des infrastructures situées sur ce territoire et que ces sociétés et leurs salariés relevaient donc du régime du droit d'établissement et non de celui de la libre prestation de service (Crim., 11 mars 2014, pourvoi n° 11-88.420, *Bull. crim.* 2014, n° 74 et Crim., 11 mars 2014, pourvoi n° 12-1.461, *Bull. crim.* 2014, n° 75 ; *Rev. dr. tr.* 2014, p. 227, note A.-C. Créplet).

C'est dans ce contexte que l'assemblée plénière, par un arrêt du 6 novembre 2015 (Ass. plén., pourvoi n° 13-25.467, *Bull.* 2015, Ass. plén., n° 9 ; *Rapport* 2015, p. 117), a renvoyé à la CJUE une question préjudicielle afin que celle-ci précise sa jurisprudence lorsque, un certificat E101 ayant été délivré, il est constaté que les conditions de l'activité du salarié n'entrent manifestement pas dans le champ d'application matériel des règles dérogatoires au principe *lex loci laboris*.

Y était-elle tenue ? L'obligation de renvoi disparaît lorsqu'une jurisprudence établie de la Cour de Luxembourg résout le point de droit en cause, même à défaut d'une stricte identité des questions visées, et à condition évidemment que la Cour suprême se conforme à cette jurisprudence (CJCE, 6 octobre 1982, CIFLIT c/ministère de la santé, C-283/81, points 13 et 14). Cependant, le juge national garde toute latitude pour saisir à nouveau la Cour s'il le juge opportun et la Cour de cassation a estimé la situation suffisamment particulière pour le justifier. L'intérêt de la question n'était pas discutable au regard des arrêts de la chambre criminelle et plus largement des critiques adressées par la doctrine à la jurisprudence de la CJUE, décrite comme trop rigoureuse.

L'assemblée plénière, comme il lui en est fait obligation, a sursis à statuer dans l'attente de la réponse de la Cour de justice. Plus remarquable, la chambre criminelle a elle-même sursis à statuer dans trois affaires où se posait une question voisine (Crim., 15 mars 2016, pourvoi n° 13-88.632, Crim., 13 décembre 2016, pourvoi n° 15-80.735 et Crim., 13 décembre 2016, pourvoi n° 15-81.316). Ces décisions de sursis à statuer, prises en l'absence de tout fondement textuel, et pour la première fois dans cette hypothèse pour ce qui concerne la chambre criminelle, témoignent de l'autorité importante reconnue à la jurisprudence européenne.

La CJUE ayant réaffirmé que le certificat E101 lie les institutions de l'État membre d'accueil, même lorsque les conditions de l'activité du travailleur concerné n'entrent manifestement pas dans le champ d'application matériel de cette disposition du règlement nº 1408/71 (CJUE, arrêt du 27 avril 2017, A-Rosa Flussschiff, C-620/15 ; M.-C. Amauger-Lattès, « Portée du formulaire E 101 (A1) : la Cour de justice ne fléchit pas ! », *Dr. soc.* 2017, p. 866 ; H. Guichaoua, « Le certificat de détachement est-il devenu un obstacle à la lutte contre le travail dissimulé et le dumping social du fait des entreprises étrangères ? » *Dr. ouvrier* 2017, p. 329), l'assemblée plénière en a tiré les conséquences dans un arrêt du 22 décembre 2017 (Ass. plén., 22 décembre 2017, pourvoi nº 13-25.467, publié au *Bulletin*, *Rapport* 2017, p. 123). Elle a censuré la cour d'appel qui avait remis en cause elle-même la validité de certificats E101, délivrés aux salariés d'une entreprise de transport fluvial, en constatant qu'ils n'exerçaient pas leur activité sur le territoire de plusieurs États membres. Elle a précisé, reprenant la solution édictée par la Cour de Luxembourg, qu'il appartenait à l'URSSAF de contester leur validité auprès de l'institution émettrice, et, en l'absence d'accord, de saisir la commission administrative.

Mais plus encore, s'est instauré entre juges nationaux et européens un dialogue à trois voix, auquel s'est également mêlé la Cour de cassation belge, qui, introduisant une nouvelle question préjudicielle, a conduit la grande chambre à rendre le 6 février 2018 un arrêt relatif à l'applicabilité de sa jurisprudence aux situations dans lesquelles une fraude a été constatée. Le juge national est alors autorisé, sous certaines conditions, à écarter le certificat E101 (CJUE, arrêt du 6 février 2018, Altun e. a., C-359/16).

La chambre criminelle, dans trois arrêts du 18 septembre 2018, a montré à son tour sa volonté de se conformer à la jurisprudence européenne. Citant précisément les arrêts « A-Rosa Flussschif GmbH » et « Ömer Altun », elle expose la démarche qui doit être celle du juge national lorsqu'il est saisi de poursuites pénales du chef de travail dissimulé pour défaut de déclarations aux organismes de protection sociale, et que la personne poursuivie produit des certificats E101. Il ne peut écarter lesdits certificats que s'il caractérise une fraude, sur la base de l'examen des éléments concrets recueillis au cours de l'enquête judiciaire ayant permis de constater que ces certificats ont été obtenus ou invoqués frauduleusement et que l'institution émettrice saisie s'est abstenue de prendre en compte dans un délai raisonnable. La Cour de cassation définit cette fraude, qui doit être constituée, dans son élément objectif, par l'absence de respect des conditions d'obtention dudit certificat et, dans son élément subjectif, par l'intention de la personne poursuivie de contourner ou d'éluder ces conditions de délivrance pour obtenir l'avantage qui y est attaché (Crim., 18 septembre 2018, pourvoi nº 15-81.316 ; Crim., 18 septembre 2018, pourvoi nº 13-88.632, publiés au *Bulletin*). L'autorité relative de la chose jugée de l'arrêt préjudiciel se trouve clairement dépassée.

Ainsi, le contentieux noué autour du certificat E101 montre que le renvoi préjudiciel, s'il peut sembler limiter le pouvoir normatif propre des cours suprêmes des États membres, est assurément un mécanisme de coopération entre la juridiction européenne et les juridictions nationales, qui permet à ces dernières, par leur questionnement préjudiciel, de participer de manière effective à l'élaboration du droit de l'Union.

B. L'inscription des experts judiciaires sur les listes nationales

Le statut des experts judiciaires, tel que résultant de la législation française, a conduit la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) et la Cour de cassation à rendre des arrêts importants.

Un traducteur en langue espagnole avait sollicité son inscription initiale sur la liste nationale des experts judiciaires dressée par le bureau de la Cour de cassation ; sa demande ayant été déclarée irrecevable, il avait formé le recours prévu à l'article 20 du décret n° 2004-1463 du 23 décembre 2004 relatif aux experts judiciaires ; par arrêt du 10 septembre 2009, la Cour de cassation a sursis à statuer sur le recours et adressé à la CJUE une question préjudicielle portant sur la compatibilité avec le droit de l'Union des modalités selon lesquelles une personne est inscrite sur les listes d'experts judiciaires résultant de la loi n° 71-498 du 29 juin 1971 relative aux experts judiciaires, modifiée par la loi n° 2004-130 du 11 février 2004 réformant le statut de certaines professions judiciaires ou juridiques, des experts judiciaires, des conseils en propriété industrielle et des experts en ventes aux enchères publiques, et du décret du 23 décembre 2004 précité (2e Civ., 10 septembre 2009, pourvoi n° 09-10.605).

La CJUE devait retenir, notamment, que « l'article 49 CE, auquel correspond actuellement l'article 56 TFUE, s'oppose à une réglementation nationale telle que celle en cause au principal, en vertu de laquelle l'inscription sur une liste d'experts judiciaires traducteurs est soumise à des conditions de qualification sans que les intéressés puissent obtenir connaissance des motifs de la décision prise à leur égard et sans que celle-ci soit susceptible d'un recours de nature juridictionnelle effectif permettant de vérifier sa légalité, notamment quant au respect de l'exigence, résultant du droit de l'Union, que leur qualification acquise et reconnue dans d'autres États membres ait été dûment prise en compte » (CJUE, arrêt du 17 mars 2011, Peñarroja Fa, C-372/09, considérant 65). Elle a, en outre, reproché à la législation française de ne pas prévoir que, dans l'appréciation des candidatures, doivent être prises en compte les qualifications éventuellement acquises et reconnues dans un autre État membre, alors que, par ailleurs, « les missions d'experts judiciaires traducteurs, prestées par des experts inscrits sur une liste telle la liste nationale des experts judiciaires dressée par la Cour de cassation, ne relèvent pas de la notion de "profession réglementée" au sens de l'article 3 paragraphe 1, sous a), de la directive 2005/36/CE du Parlement européen et du Conseil, du 7 septembre 2005, relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles » (motif n° 5).

La Cour de cassation devait rendre deux arrêts à la suite de ces décisions de la CJUE, dont il résulte que doit être annulée la décision de refus d'inscription sur la liste des experts judiciaires d'un traducteur en langue espagnole, prise par l'assemblée générale d'une cour d'appel, qui, n'étant pas motivée, ne met pas le demandeur en mesure de connaître les raisons pour lesquelles sa demande a été déclarée irrecevable ni d'exercer un recours effectif devant la Cour de cassation, permettant de vérifier que la qualification acquise et reconnue dans un autre État membre en qualité de traducteur assermenté a été dûment prise en compte (2e Civ., 29 septembre 2011, pourvoi n° 09-10.605, *Bull.* 2011, II, n° 180, et 2e Civ., 29 septembre 2011, pourvoi n° 09-10.445, *Bull.* 2011, II, n° 177, commentés au *Rapport* 2011, p. 510).

Dès lors, la modification de la loi du 29 juin 1971 et de son décret d'application précités s'imposait. L'article 9 de la loi n° 2012-409 du 27 mars 2012 de programmation

relative à l'exécution des peines, modifiant l'article 2 de la loi du 29 juin 1971 précitée, prévoit ainsi que nul ne peut figurer sur la liste nationale des experts judiciaires « s'il ne justifie soit de son inscription sur une liste dressée par une cour d'appel depuis au moins cinq ans, soit de compétences reconnues dans un État membre de l'Union européenne autre que la France et acquises notamment par l'exercice dans cet État, pendant une durée qui ne peut être inférieure à cinq ans, d'activités de nature à apporter des informations techniques aux juridictions dans le cadre de leur activité juridictionnelle ». Par ailleurs, les décisions de refus d'inscription sont motivées, ce qui n'était précédemment le cas que pour les décisions de refus de réinscription.

Le décret n° 2012-1451 du 24 décembre 2012 relatif à l'expertise et à l'instruction des affaires devant les juridictions judiciaires a par ailleurs ajouté un article 4-1 au décret du 23 décembre 2004 précité qui précise que les demandes d'inscription sur les listes d'experts judiciaires sont examinées en tenant compte : « a) Des qualifications et de l'expérience professionnelle des candidats, y compris les compétences acquises dans un État membre de l'Union européenne autre que la France ; b) De l'intérêt qu'ils manifestent pour la collaboration au service public de la justice ».

§ II. Le rôle important de la CJUE dans la jurisprudence de la chambre sociale

La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne tient une grande place dans les arrêts de la chambre sociale.

À titre d'exemple, en matière de discrimination en raison de l'âge, la chambre sociale a été saisie de la compatibilité de l'article L. 421-9 du code de l'aviation civile, prévoyant la cessation des fonctions de pilote de ligne à soixante ans, avec les dispositions des articles 2, § 5, et 6, § 1, de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. Dans un arrêt du 3 juillet 2012 (pourvoi n° 11-13.795, *Bull.* 2012, V, n° 205), elle a approuvé une cour d'appel qui, ayant constaté que les recommandations de l'aviation civile admettaient que l'exercice du métier de pilote pouvaient, à certaines conditions, se poursuivre après cet âge, a décidé que la limitation à soixante ans de l'exercice du métier de pilote dans le transport aérien public n'était pas nécessaire à la satisfaction de l'objectif poursuivi de sécurité aérienne prévu par l'article 2, § 5, précité de cette directive. Elle l'a également approuvée lorsque, se référant aux travaux parlementaires préparatoires à l'adoption de la loi n° 95-116 du 4 février 1995 portant diverses dispositions d'ordre social, ayant créé cet article du code de l'aviation civile, qui établissaient que cette limitation d'âge permettrait l'embauche d'un certain nombre de pilotes, elle a déduit de l'existence de pilotes déjà formés et sans emploi que la mesure ne constituait pas un moyen approprié et nécessaire dans le cadre d'une politique de l'emploi, au sens de l'article 6, § 1, précité de cette même directive.

Ayant déjà eu l'occasion de statuer sur la compatibilité de cet article du code de l'aviation civile avec l'article 6, § 1, de la directive précitée (Soc., 11 mai 2010, pourvoi n° 08-45.307, *Bull.* 2010, V, n° 105), elle a transposé *mutatis mutandis* au personnel navigant commercial, par un moyen relevé d'office, sa jurisprudence relative aux pilotes en faisant application de l'arrêt de la CJUE du 13 septembre 2011, Reinhard Prigge e. a., C-447/09, qui, outre l'interprétation des articles 2, § 5, et 6, § 1, précités, a dit pour droit que l'article 4, § 1, de la directive devait être interprété en ce sens qu'il s'opposait

à ce qu'une clause de convention collective fixe à soixante ans l'âge limite à compter duquel les pilotes sont considérés comme n'ayant plus les capacités physiques pour exercer leur activité professionnelle alors que les réglementations nationale et internationale fixaient cet âge à soixante-cinq ans (points 75 et 76).

De la même manière, en matière de discrimination en raison de la religion ou des convictions, après les deux arrêts dits « Baby-Loup » (Soc., 19 mars 2013, pourvoi n° 11-28.845, *Bull.* 2013, V, n° 75 et Ass. plén., 25 juin 2014, pourvoi n° 13-28.369, *Bull.* 2014, Ass. Plén., n° 1, *Rapport* 2014, p. 413), la chambre sociale a posé une question préjudicielle (Soc., 9 avril 2015, pourvoi n° 13-19.855, *Bull.* 2015, V, n° 75) sur l'interprétation de la notion d'« exigence professionnelle essentielle et déterminante » de l'article 4, § 1, de la directive précitée qui peut légitimer une différence de traitement fondée sur une caractéristique liée à l'un des motifs visés par ce texte pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée. Il s'agissait, dans cette affaire, d'une salariée qui avait été licenciée pour faute pour avoir refusé d'ôter son foulard islamique lorsqu'elle intervenait dans des entreprises clientes de la société qui avaient formulé des demandes en ce sens.

Dans son arrêt du 22 novembre 2017 (pourvoi n° 13-19.855), la chambre sociale a non seulement naturellement intégré la réponse de la CJUE (arrêt du 14 mars 2017, Bougnaoui et ADDH, C-188/15) à la question qu'elle lui avait posée (« [...] la volonté d'un employeur de tenir compte des souhaits d'un client de ne plus voir les services dudit employeur assurés par une travailleuse portant un foulard islamique ne saurait être considérée comme une exigence professionnelle essentielle et déterminante au sens de cette disposition ») mais également celle que la Cour de Luxembourg avait donnée à la même date à la juridiction belge sur l'interprétation de l'article 2 de la même directive, qui a dit pour droit qu'il devait « être interprété en ce sens que l'interdiction de porter un foulard islamique, qui découle d'une règle interne d'une entreprise privée interdisant le port visible de tout signe politique, philosophique ou religieux sur le lieu de travail, ne constitue pas une discrimination directe fondée sur la religion ou sur les convictions au sens de cette directive », qu'« en revanche, une telle règle interne d'une entreprise privée est susceptible de constituer une discrimination indirecte au sens de l'article 2, § 2, sous b) [...] s'il est établi que l'obligation en apparence neutre qu'elle prévoit entraîne, en fait, un désavantage particulier pour les personnes adhérant à une religion ou à des convictions données, à moins qu'elle ne soit objectivement justifiée par un objectif légitime, tel que la poursuite par l'employeur, dans ses relations avec ses clients, d'une politique de neutralité politique, philosophique ainsi que religieuse, et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier » (CJUE, arrêt du 14 mars 2017, G4S Secure Solutions, C-157/15).

Dans un autre arrêt, la chambre sociale a retenu, en intégrant la réponse de la CJUE à sa question préjudicielle posée dans une précédente affaire, que la législation française était en contrariété avec la législation européenne en matière de calcul du droit aux congés payés (Soc., 3 juillet 2012, pourvoi n° 08-44.834, *Bull.* 2012, V, n° 204). En effet, cette dernière avait dit pour droit que « l'article 7, paragraphe 1, de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil, du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à des dispositions ou à des pratiques nationales qui prévoient que le

droit au congé annuel payé est subordonné à une période de travail effectif minimale de dix jours ou d'un mois pendant la période de référence» (CJUE, 24 janvier 2012, Maribel Dominguez, C-282/10), condition pourtant prévue par l'article L. 3141-3 du code du travail.

La chambre sociale a alerté le législateur dans son *Rapport annuel* 2016 (p. 33) et, en l'état du droit applicable, a assimilé, afin d'assurer néanmoins l'effectivité de la directive, l'absence pour cause d'accident de trajet à celle pour cause d'accident du travail, considérée comme période de travail effectif par l'article L. 3141-5 du même code. Puis dans un arrêt plus récent (Soc., 22 juin 2016, pourvoi nº 15-20.111, *Bull.* 2016, V, nº 138), elle a considéré, ayant estimé que les constatations de la cour d'appel permettaient de retenir que l'employeur était un organisme chargé en vertu d'un acte de l'autorité publique d'accomplir, sous le contrôle de cette dernière, un service d'intérêt public et disposant à cet effet de pouvoirs exorbitants par rapport aux règles applicables dans les relations entre particuliers, qu'il pouvait être opposé à ce dernier les dispositions d'une directive susceptible d'avoir des effets directs en raison de ses dispositions inconditionnelles et suffisamment précises, reprenant les termes même de la Cour de justice dans l'affaire Foster e. a (CJCE, arrêt du 12 juillet 1990, Foster e. a, C-188/89, points 18 à 20).

La prise en compte de la jurisprudence de la Cour de Luxembourg par la chambre sociale de la Cour de cassation est permanente et instantanée comme le démontrent les arrêts du 28 février 2018 : elle a intégré les arrêts rendus par cette Cour le 14 septembre 2017 (CJUE, 14 septembre 2017, Crewlink et Ryanair, C-168/16 et C-169/16) en cours de traitement du pourvoi dont elle était saisie en intégrant la place que devait prendre la notion de base d'affectation dans la détermination du lieu à partir duquel le travailleur accomplissait habituellement son travail, au sens de l'article 19, point 2, sous a), du règlement (CE) nº 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Soc., 28 février 2018, pourvoi nº 16-12.754 et Soc., 28 février 2018, pourvoi nº 16-17.505, publiés au *Bulletin*).

Section 2. L'autorité des décisions de la CEDH

L'autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme est *a priori* difficile à établir à la lecture du seul texte de la Convention européenne des droits de l'homme. Les États s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour rendus dans les litiges auxquels ils sont parties. En ce sens, ils sont obligatoires et, a précisé la Cour de Strasbourg, déclaratoires pour l'essentiel. Ils n'ont aucun effet sur les lois et les décisions à l'origine d'un éventuel constat de violation. Pour autant, l'autorité des arrêts de la CEDH n'a cessé de croître, y compris les arrêts concernant un autre État que la France, confortant, au côté de leur autorité relative de la chose jugée, leur autorité interprétative. Afin de prémunir la France d'une déconvenue strasbourgeoise, la Cour de cassation reste attentive à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg ainsi que l'illustrent les contentieux relatifs à l'aide juridictionnelle (§ I), au respect du procès équitable (§ II) et au droit de la diffamation (§ III). Le souci d'exécuter de manière complète les arrêts de la CEDH a en outre conduit le législateur à introduire une procédure de réexamen, tant en matière pénale qu'en matière civile (§ IV).

§ I. Aide juridictionnelle et droit à l'assistance d'un avocat

Si l'article 25 de la loi nº 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique garantit au bénéficiaire de l'aide juridictionnelle le droit à l'assistance d'un avocat, la jurisprudence récente de la Cour de cassation continue à assurer le caractère effectif de ce droit conformément aux exigences de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

C'est au regard de ces exigences que la Cour de cassation procède à une lecture combinée de l'article 43 du décret nº 91-1266 du 19 décembre 1991 portant application de la loi nº 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique, qui impose au secrétaire du bureau d'aide juridictionnelle d'aviser le président de la juridiction saisie de l'existence d'une demande d'aide juridictionnelle, et de l'article 43-1 du même décret, qui impose à la juridiction avisée de surseoir à statuer dans l'attente de la décision se prononçant sur cette demande, pour juger de façon constante que, lorsqu'une demande a été déposée, la juridiction ne peut statuer, peu important qu'elle ait été avisée de celle-ci. Cette jurisprudence a pu être rappelée dans une hypothèse dans laquelle la partie intimée avait formé, avant l'audience, une demande d'aide juridictionnelle qui avait été accueillie le jour même de l'audience (2e Civ., 16 mars 2017, pourvoi nº 16-14.388) ou lorsque la décision d'admission a été notifiée à la partie la veille de l'audience (2e Civ., 1er juin 2017, pourvoi nº 16-10.669). Le dysfonctionnement interne à la juridiction, qui empêche l'information en temps utile de la formation de jugement, ne saurait en conséquence priver la partie de son droit à l'assistance d'un avocat. Cette solution s'applique également lorsque la partie ayant formé la demande d'aide juridictionnelle se présente à l'audience et omet, y compris de façon non intentionnelle, d'en informer la juridiction (2e Civ., 23 février 2017, pourvoi nº 16-10.910, reprenant une solution déjà posée par 2e Civ., 18 janvier 2007, pourvoi nº 05-21.088). En effet, conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, le fait que le requérant ait comparu à l'audience sans y réitérer sa demande d'assistance ne peut être considéré comme une renonciation à son droit à être défendu par un avocat commis d'office (CEDH, 28 novembre 2006, Flandin c. France, nº 77773/01).

Même lorsque l'aide juridictionnelle a été accordée dans un délai suffisant avant la date de l'audience, il appartient à la formation de jugement de s'assurer que le bénéficiaire a effectivement disposé de l'assistance d'un avocat. La Cour de cassation l'a rappelé dans une espèce dans laquelle la partie avait obtenu l'aide juridictionnelle plusieurs mois avant l'audience (2e Civ., 23 février 2017, pourvoi nº 16-10.852), retenant même l'excès de pouvoir permettant d'ouvrir la voie du pourvoi en cassation dans une hypothèse dans laquelle la juridiction avait statué alors que l'avocat initialement désigné avait refusé d'assister la partie et qu'une désignation en lieu et place par le bâtonnier était en cours (2e Civ., 15 octobre 2015, pourvoi nº 14-18.461).

Cette jurisprudence, cependant, ne remet pas en cause le principe selon lequel il relève de la responsabilité de l'avocat désigné au titre de l'aide juridictionnelle de se présenter à l'audience, le juge pouvant valablement statuer en cas de défaillance lorsqu'il résulte des circonstances que la partie a été en mesure de bénéficier de l'assistance effective et concrète d'un avocat (2e Civ., 13 octobre 2016, pourvoi nº 15-20.349).

§ II. L'exemple du droit au procès équitable en matière pénale

En matière pénale, le droit matériel offre, dans certains contentieux spécifiques tels celui de la presse, des illustrations de l'influence forte exercée par la jurisprudence de la Cour de Strasbourg sur celle de la Cour de cassation (*cf. infra*, § III). Mais c'est sans doute dans le droit processuel que l'on en trouve les exemples les plus nombreux. Ainsi en particulier, lorsque sont en jeu les garanties du procès équitable, consacrées par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, la chambre criminelle adopte une conception toujours plus protectrice des droits dont bénéficient les parties au cours des procédures pénales, à la lumière de l'interprétation qu'en donne la Cour de Strasbourg et parfois même en anticipant celle-là.

Tirées d'une très abondante jurisprudence, les quelques illustrations du droit à un procès équitable viseront successivement le droit à un tribunal indépendant et impartial (A), la durée raisonnable de la détention avant condamnation (B), les droits de la défense (C) et enfin les droits bénéficiant aux personnes hors d'état de se protéger (D).

A. Le droit à un tribunal indépendant et impartial

Le premier paragraphe de l'article 6 de la Convention EDH pose des garanties d'ordre général, parmi lesquelles une exigence institutionnelle, celle d'un accès à un tribunal indépendant et impartial. La jurisprudence de la Cour européenne est abondante en ce domaine ; avec constance, elle affirme ainsi depuis un arrêt du 1er octobre 1982 qu'il convient de distinguer entre une démarche subjective et une démarche objective « amenant à rechercher si le tribunal offrait, notamment à travers sa composition, des garanties suffisantes pour exclure tout doute légitime quant à son impartialité », l'élément déterminant consistant à « savoir si l'on peut considérer les appréhensions de l'intéressé comme objectivement justifiées » (CEDH, arrêt du 1er octobre 1982, Piersack c. Belgique, no 8692/79 ; voir aussi CEDH, arrêt du 15 octobre 2009, Micaleff c. Malte, no 17056/06 ; CEDH, arrêt du 15 décembre 2005, Kyprianou c. Chypre [GC], no 73797/0 ; CEDH, arrêt du 23 avril 2015, Morice c. France, no 29369/10 ; CEDH, arrêt du 5 avril 2018, Boyan Gospodinov c. Bulgarie, no 28417/07).

La chambre criminelle fait un usage scrupuleux de cette grille d'analyse.

Dans une affaire récente, une chambre des appels correctionnels était saisie de délits d'homicides, blessures involontaires et destruction involontaire, à la suite d'une explosion ayant causé de nombreuses victimes, et, dans sa composition, siégeait un conseiller par ailleurs vice-président d'une fédération d'associations d'aide aux victimes. Celle-ci avait conclu, au cours des débats devant cette juridiction, une convention de partenariat avec une autre fédération d'associations, partie civile en la cause, à laquelle étaient adhérentes deux autres associations, elles aussi parties civiles. La Cour de cassation a jugé, en des termes empruntés aux arrêts précités de la Cour de Strasbourg, que « en omettant d'aviser les parties de cette situation, alors que ces éléments étaient de nature à créer dans leur esprit, un doute raisonnable, objectivement justifié, sur l'impartialité de la juridiction, la cour d'appel a méconnu les textes susvisés et le principe ci-dessus rappelé » (Crim., 13 janvier 2015, pourvoi no 12-87.059, *Bull. crim*. 2015, no 15).

B. La durée raisonnable de la détention provisoire

La jurisprudence de la chambre criminelle a également évolué, sous l'influence de celle de la Cour européenne, sur une autre garantie d'ordre général mais de nature procédurale : le droit à être jugé dans un délai raisonnable et plus particulièrement celui dont bénéficient les personnes détenues.

Deux dispositions conventionnelles doivent alors être combinées, l'article 5, § 3, qui suppose que l'« accusé en matière pénale » est en attente de jugement en premier ressort sur l'« accusation » dont il fait l'objet (1) et l'article 6 en cas de recours contre ce jugement (2).

1. Au regard de l'article 5, § 3, de la Convention EDH

Le droit à la liberté et à la sûreté est consacré par l'article 5 de la Convention, lequel, en son § 3, garantit à toute personne détenue le droit d'être jugée dans un délai raisonnable ou libérée pendant la procédure.

À cet égard, la chambre criminelle a longtemps jugé que les intéressés ne pouvaient critiquer les motifs par lesquels les chambres de l'instruction avaient estimé que la durée de la détention provisoire n'excédait pas le délai raisonnable prévu par ce texte, une telle appréciation échappant au contrôle de la Cour de cassation (par exemple, Crim., 18 décembre 2002, pourvoi n° 02-86.718 ; Crim., 10 novembre 2004, pourvoi n° 04-85.268). Mais elle a décidé ensuite d'exercer un contrôle, demeurant toutefois limité, en jugeant que le caractère raisonnable de la détention provisoire relevait de l'appréciation souveraine des juges du fond, sous réserve que les motifs soient suffisants et dénués de contradiction et répondent aux articulations essentielles du mémoire sur ce point (par exemple : Crim., 22 juin 2004, pourvoi n° 04-82.-304 ; Crim., 10 novembre 2015, pourvoi n° 15-85.150 ; Crim., 14 octobre 2015, pourvoi n° 15-84.385).

Le principe demeure d'actualité mais la chambre criminelle a été conduite à renforcer encore ses exigences vis-à-vis des juges, au regard de la multiplication des condamnations prononcées par la Cour européenne des droits de l'homme dans des affaires criminelles d'envergure dans lesquelles les accusés étaient demeurés pendant une très longue période en attente de leur jugement par des cours d'assises engorgées. La Cour de Strasbourg a en effet rappelé qu'il convenait de vérifier si les autorités nationales compétentes avaient apporté une « diligence particulière » à la poursuite de la procédure et qu'il incombait aux États d'agencer leur système judiciaire de manière à permettre à leurs tribunaux de répondre aux exigences de l'article 5 (CEDH, arrêt du 5 octobre 2004, Blondet c. France, n° 49451/99 ; CEDH, arrêt du 23 janvier 2007, Cretello c. France, n° 2078/04 ; CEDH, arrêt du 8 octobre 2009, Maloum c. France, n° 35471/06 ; CEDH, 10 juillet 2008, Garriguen c. France, n° 21148/02 ; CEDH, arrêt du 26 janvier 2012, Beratasegi c. France, n° 29095/09).

Ainsi, dans plusieurs affaires de terrorisme dans lesquelles la chambre de l'instruction avait justifié la prolongation exceptionnelle de la détention provisoire par les difficultés récurrentes de fonctionnement de la cour d'assises de Paris spécialement composée, la chambre criminelle a censuré ces décisions pour n'avoir pas recherché si les autorités compétentes avaient apporté une diligence particulière à la poursuite de la procédure, reprenant ainsi la formule de la Cour de Strasbourg (Crim., 2 septembre 2009, pourvoi n° 09-83.950, *Bull. crim.* 2009, n° 148 ; Crim., 2 septembre 2009, pourvois n° 09-83.949,

nº 09-83.940 et nº 09-83.938; Crim., 12 novembre 2009, pourvoi nº 09-85.658). Ce degré de contrôle a été maintenu par la suite (par exemple, Crim., 22 février 2011, pourvoi nº 10-88.179; Crim., 17 février 2016, pourvoi nº 15-86.883).

2. Au regard de l'article 6, § 1, de la Convention EDH

Parallèlement, la Cour de cassation a fait évoluer sa jurisprudence quant au champ d'application de l'exigence de délai raisonnable pour les détenus ayant relevé appel d'une décision de condamnation. Elle n'est certes pas revenue sur le principe selon lequel après déclaration, par la cour d'assises de première instance, du bien-fondé de l'accusation dirigée contre lui, l'accusé, privé de sa liberté conformément à l'article 5, § 1, a, de la Convention européenne des droits de l'homme ne peut, dans l'attente de la décision de la cour d'assises d'appel, bénéficier des dispositions de l'article 5, § 3, du même texte (Crim., 15 mai 2002, pourvoi nº 02-81.644, *Bull. crim.* 2002, nº 114). Mais elle a complété cette affirmation, en jugeant que l'exigence de délai raisonnable continue à s'appliquer à ce stade, mais sur le fondement des articles 6, § 1, de la Convention et 591 à 593 du code de procédure pénale (Crim., 7 mars 2012, pourvoi nº 11-88.739, *Bull. crim.* 2012, nº 63; Crim., 17 juin 2015, pourvoi nº 15-82.206, *Bull. crim.* 2015, nº 154) et en posant des exigences similaires pour les juges qui doivent, en cas de délais très longs de comparution devant la cour d'assises d'appel, caractériser les diligences particulières ou les circonstances insurmontables qui pourraient justifier, au regard des exigences conventionnelles, la durée de la détention provisoire.

Ainsi, sous cet angle également, la chambre criminelle met rigoureusement en œuvre la méthodologie prescrite par la Cour de Strasbourg, laquelle, pour apprécier si la durée d'un procès pénal a été raisonnable, prend en considération la complexité de l'affaire, le comportement du requérant et celui des autorités administratives et judiciaires compétentes, en rappelant que l'article 6, § 1, astreint les États à organiser leur système judiciaire de telle sorte que leurs cours et tribunaux puissent remplir chacune de ses exigences en garantissant à chacun le droit d'obtenir une décision définitive sur une contestation en matière pénale dans un délai raisonnable (voir notamment CEDH, arrêt du 3 avril 2012, Michelioudakis c. Grèce, nº 54447/10; CEDH, arrêt du 10 avril 2018, Brudan c. Roumanie, nº 75717/14).

C. Les droits de la défense

L'importance de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg dans le rôle normatif de la Cour de cassation se manifeste évidemment aussi dans le domaine des droits de la défense, garantie inhérente au procès équitable et consacrée de manière spécifique par l'article 6, § 3, de la Convention.

Ces droits comportent plusieurs aspects, parmi lesquels seront privilégiés celui consistant à permettre à l'« accusé » (au sens large entendu par la Cour de Strasbourg) de disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense (article 6, § 3, b) et celui de se défendre lui-même ou avec l'assistance d'un défenseur de son choix, au besoin gratuit (article 6, § 3, c).

1. Au regard de l'article 6, § 3, b, de la Convention EDH

La chambre criminelle est fréquemment saisie de pourvois l'invitant à faire application de ce droit en écartant, au besoin, une loi nationale qui ferait obstacle à son exercice. À cet égard, l'arrêt du 4 octobre 2016, qui traite de l'accès au dossier au cours de la garde à vue, est intéressant, en ce que la Cour de cassation a apprécié l'étendue des droits de la défense au regard tant du droit conventionnel que du droit de l'Union (Crim., 4 octobre 2016 pourvoi n° 16-82.309, *Bull. crim.* 2016, n° 255).

Sur le plan conventionnel, seul objet de la présente section, la jurisprudence récente de la Cour européenne ne semblait pas imposer d'évolution (voir CEDH, arrêt du 9 avril 2015, AT c. Luxembourg, n° 30460/13) et la chambre criminelle a confirmé sa position antérieure selon laquelle l'article 63-4-1 du code de procédure pénale, qui énumère limitativement les pièces que peuvent consulter la personne gardée à vue ou son avocat, n'est pas incompatible avec l'article 6, § 3, de la Convention européenne des droits de l'homme, l'absence de communication de l'ensemble des pièces du dossier, à ce stade de la procédure, n'étant pas de nature à priver la personne d'un droit effectif et concret à un procès équitable, dès lors que l'accès à ces pièces est garanti devant les juridictions d'instruction et de jugement.

En revanche, dans de nombreuses situations, la chambre criminelle, dans le silence de la loi, a fait évoluer sa jurisprudence conformément à l'interprétation retenue par la Cour de Strasbourg, dans le sens d'une protection accrue des droits de la défense.

À cet égard, on pourra s'intéresser à la jurisprudence relative à la notion de fuite. De manière constante, la chambre criminelle déduit de l'article 134 du code de procédure pénale qu'une personne en fuite et vainement recherchée au cours de l'information n'a pas la qualité de partie au sens de l'article 175 dudit code et que, si elle est arrêtée après que le juge l'a renvoyée devant le tribunal correctionnel, elle ne peut se prévaloir des dispositions du troisième alinéa de l'article 385 du même code pour exciper devant cette juridiction d'une quelconque nullité d'actes de l'information (Crim., 3 avril 2007, pourvoi n° 06-89.315, *Bull. crim.* 2007, n° 103 ; dans le même sens : Crim., 19 janvier 2010, pourvoi n° 09-84.818, *Bull. crim.* 2010, n° 9).

La chambre a toutefois été conduite à intensifier son contrôle, à la suite de la condamnation de la France par un arrêt Abdelali c. France du 11 octobre 2012. Dans cette décision, si la Cour de Strasbourg admet implicitement que le prévenu qui était en fuite peut être privé de la possibilité de contester la régularité de certains actes, elle est très exigeante sur la notion de fuite, sauf à priver l'intéressé d'un procès équitable, la possibilité de faire opposition étant à cet égard insuffisante dès lors qu'il ne pourra pas contester la validité des preuves (CEDH, arrêt du 11 octobre 2012, Abdelali c. France, n° 43353/07). La chambre criminelle se montre donc désormais plus exigeante vis-à-vis des juges qui, saisis d'une exception de nullité de la procédure d'information par le prévenu ayant fait l'objet d'un mandat d'arrêt et n'ayant pas, par conséquent, été mis en examen, doivent s'assurer, avant de rejeter cette exception, que l'intéressé était bien en fuite, au sens où l'entend la Cour de Strasbourg (Crim., 16 janvier 2013, pourvoi n° 11-83.689, *Bull. crim.* 2013, n° 17 ; Crim., 16 janvier 2013, pourvoi n° 12-81.199, *Bull. crim.* 2013, n° 18 ; Crim., 11 janvier 2017, pourvoi n° 16-80.619, *Bull. crim.* 2017, n° 16).

2. Au regard de l'article 6, § 3, c, de la Convention EDH

Un autre aspect essentiel des droits de la défense est celui de se défendre soi-même ou par le biais d'un avocat (article 6, § 3, c, de la Convention), qui donne lieu à une jurisprudence également abondante.

Par exemple, selon une jurisprudence ancienne, les reports d'audience sollicités par les prévenus constituaient des mesures d'administration judiciaire échappant au contrôle de la Cour de cassation (Crim., 15 juin 2004, pourvoi nº 04-81.548 ; Crim., 20 février 2008, pourvoi nº 06-89.178). Mais, dès 2006, la chambre criminelle a jugé, au visa de l'article 6, § 3, de la Convention européenne des droits de l'homme, que « tout "accusé" qui ne souhaite pas se défendre lui-même a droit à l'assistance d'un défenseur de son choix et que les juges ne peuvent, sans le motiver, refuser le renvoi d'une affaire sollicité par le prévenu en raison de l'absence de l'avocat choisi » (Crim., 24 mai 2006, pourvoi nº 05-85.685, *Bull. crim.* 2006, nº 147), principe qui a régulièrement été réaffirmé depuis lors (Crim., 19 février 2014, pourvoi nº 13-81.327 ; Crim., 15 septembre 2015, pourvoi nº 15-80.121).

Et la Cour de cassation fait preuve d'une rigueur d'autant plus grande que l'intéressé bénéficie du droit d'être assisté d'un avocat commis d'office. Si l'avocat désigné dans ce cadre a été déchargé à son initiative ou bien à celle du prévenu et que les juges constatent à l'audience que ce dernier a décidé de se défendre seul, il peut être statué au fond sans qu'il soit besoin de renvoyer l'affaire pour faire désigner un nouvel avocat (Crim., 19 septembre 1996, pourvoi nº 96-81.030 ; Crim., 8 décembre 2004, pourvoi nº 04-85.744). Mais la chambre criminelle a précisé, comme l'a fait la Cour de Strasbourg dans plusieurs arrêts (voir notamment CEDH, Gde Chambre, arrêt du 27 juillet 2002, Meftah e. a. c. France, nº 32911/96, 35237/97 et 34595/97 ; CEDH, arrêt du 28 novembre 2006, Flandin c. France, nº 77773/01), que les juges doivent s'assurer que cette renonciation est sans équivoque. Si tel n'est pas le cas, et notamment lorsque le prévenu fait état de difficultés rencontrées pour obtenir la désignation d'un nouvel avocat, la juridiction doit en principe reporter l'examen de l'affaire. À défaut, la décision encourt la censure, pour avoir méconnu le principe, rappelé par la chambre criminelle, selon lequel « tout accusé a le droit de se défendre lui-même ou d'avoir l'assistance effective d'un défenseur, que celui-ci soit de son choix ou, s'il n'a pas les moyens de le rémunérer, gratuitement par un avocat commis d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent » (Crim., 17 décembre 2013, pourvoi nº 13-86.429).

Plus largement, des exigences similaires sont progressivement posées par la chambre criminelle pour garantir le droit, pour toute partie bénéficiaire de l'aide juridictionnelle, à l'assistance d'un avocat, en application de l'article 25 de la loi du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique. Au visa, cette fois, de l'article 6, § 1, de la Convention européenne des droits de l'homme, la chambre a ainsi récemment censuré un arrêt d'une chambre de l'instruction qui a retenu l'affaire sans s'assurer que la partie civile, bénéficiaire de cette aide et appelante d'une décision de refus d'informer, avait renoncé de manière non équivoque à bénéficier de l'assistance d'un défenseur au cours de l'audience (Crim., 22 mars 2017, pourvoi nº 16-83.928, *Bull. crim.* 2017, nº 79). En outre, rompant avec sa jurisprudence antérieure et s'alignant sur celles de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation et du Conseil d'État, la chambre criminelle a jugé que, dès lors qu'une demande d'aide juridictionnelle a été formée par le prévenu avant l'audience, une cour d'appel ne peut statuer, peu important que cette dernière ait été informée de

la demande. Alors qu'auparavant il appartenait au prévenu de justifier de ses démarches en vue de bénéficier de l'assistance gratuite d'un avocat, il revient désormais aux bureaux d'aide juridictionnelle d'en aviser sans retard les juridictions, lesquelles doivent, le cas échéant d'office et même en l'absence du prévenu, renvoyer l'affaire dans l'attente de la décision relative à cette demande (Crim., 21 novembre 2017, pourvoi nº 17-81.591, publié au *Bulletin*).

D. Les droits de la personne hors d'état de se protéger

Pour achever ce panorama – non exhaustif – relatif aux garanties du procès équitable, on évoquera des décisions de la Cour de cassation, induites par la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, qui visent à renforcer les droits des personnes hors d'état de se protéger et illustrent parfaitement les exigences de plus en plus fortes assignées aux juridictions pour garantir les droits conventionnels.

Ainsi, avant même l'entrée en vigueur de la loi nº 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs qui, à la suite de la condamnation de la France par un arrêt « Vaudelle » du 30 juin 2001 (nº 35683/97), a édicté des règles particulières applicables à la poursuite, à l'instruction et au jugement de « toute personne majeure dont il est établi au cours de la procédure qu'elle fait l'objet d'une mesure de protection juridique dans les conditions prévues au titre XI du livre Ier du code civil » (article 706-112 du code de procédure pénale), la chambre criminelle a appliqué les principes dégagés par la Cour européenne des droits de l'homme et rappelés dans son arrêt G. c. France, en date du 23 février 2012 (nº 27244/09), selon lesquels « le droit d'un accusé, en vertu de l'article 6, de participer réellement à son procès inclut le droit non seulement d'y assister, mais aussi d'entendre et de suivre les débats » et « des garanties spéciales de procédure peuvent s'imposer pour protéger ceux qui, en raison de leurs troubles mentaux, ne sont pas entièrement capables d'agir pour leur propre compte ». La chambre criminelle en a déduit, aux visas des articles 6, § 1, de la Convention européenne des droits de l'homme et préliminaire du code de procédure pénale, que « le droit à un procès équitable et le droit d'accès à un juge impliquent que le tuteur d'une personne majeure protégée soit avisé tant des poursuites pénales dirigées contre cette personne que de la décision de condamnation dont elle fait l'objet » (Crim., 16 janvier 2008, pourvoi nº 07-81.611) ou encore, au visa cette fois des § 1 et 3, a et c, de la Convention européenne, que, « lorsque l'altération des facultés d'une personne mise en examen est telle que celle-ci se trouve dans l'impossibilité absolue d'assurer effectivement sa défense, serait-elle assistée d'un avocat, il doit être sursis à son renvoi devant la juridiction de jugement » (Crim., 11 juillet 2007, pourvoi nº 07-83.056, *Bull. crim*. 2007, nº 185).

Et, très récemment, la chambre criminelle a complété ce principe en jugeant que, « lorsque l'altération des facultés physiques ou mentales d'un prévenu est telle qu'elle est incompatible avec sa participation personnelle à la procédure, il appartient aux juges de vérifier qu'il est accessible à une sanction pénale et de s'assurer de la mise en œuvre de garanties spéciales de procédure lui permettant d'exercer effectivement les droits de la défense ». Est par conséquent censuré l'arrêt d'une cour d'appel qui, saisie d'une demande de renvoi et d'expertise présentée à l'audience par un avocat, sur la base d'un certificat médical faisant état de l'impossibilité définitive du prévenu, victime d'un accident cérébral postérieurement à l'acte d'appel, de se présenter à son procès,

statue sur l'action publique sans procéder aux vérifications adéquates et provoquer, le cas échéant, la mise en œuvre des procédures d'assistance ou de représentation nécessaires à l'exercice des droits de la défense (Crim., 11 juillet 2017, pourvoi nº 16-82.960, *Bull. crim*. 2017, nº 201).

§ III. L'exemple du droit de la diffamation en matière pénale

Sous l'influence des décisions de la CEDH rendues sur le fondement de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour de cassation a fait évoluer sa jurisprudence en matière de bonne foi du diffamateur, en une dizaine d'années et de façon très importante. La différence des approches nationale et européenne (A) s'est ainsi réduite par étapes successives sans que disparaissent pour autant les spécificités (B).

A. Des approches nationale et européenne inconciliables?

Le rappel de la jurisprudence française en la matière (1) précédera celui de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (2).

1. La jurisprudence nationale

La Cour de cassation a, depuis le XIXe siècle, dégagé le principe selon lequel l'auteur d'un propos diffamatoire, en ce qu'il contient l'imputation d'un fait précis, contraire à l'honneur ou à la considération de la personne visée, est présumé être de mauvaise foi (voir par exemple, Crim., 13 janvier 1987, pourvoi nº 85-93.987, *Bull. crim*. 1987, nº 16), et peut en conséquence échapper à la condamnation, même s'il a échoué à prouver la vérité du fait diffamatoire, en établissant sa bonne foi, considérée comme une excuse absolutoire ou un fait justificatif. Les quatre critères cumulatifs qui permettent de reconnaître à l'auteur des propos le bénéfice de la bonne foi sont le but légitime, l'absence d'animosité personnelle, la prudence dans l'expression et l'enquête sérieuse (par exemple, 2e Civ., 27 mars 2003, pourvoi nº 00-20.461, *Bull.* 2003, II, nº 84). Leur formalisation a été le fait de la doctrine, puisqu'on l'attribue généralement à Pierre Mimin, lui-même magistrat (*D.* 1939, T, 77, note sous Cass., 27 octobre 1938), qui s'est livré pour ce faire à une analyse de la jurisprudence depuis le XIXe siècle, les décisions judiciaires ayant ensuite repris et systématisé les quatre critères ainsi dégagés.

La Cour de cassation veille à leur réunion, et précise leur contenu : ainsi, en matière de prudence dans l'expression, fait-elle une exception pour la « polémique politique portant sur les opinions et doctrines relatives au rôle et au fonctionnement des institutions fondamentales de l'État », mais seulement pour elle (Crim., 22 juin 1993, pourvoi nº 91-85.300, *Bull. crim.* 1993 nº 218 ; Crim., 4 décembre 2007, pourvoi nº 05-87.384, *Bull. crim.* 2007, nº 302 ; *Dr. pénal* 2008, comm. 29). De même, juge-t-elle qu'une cour d'appel « n'a pu, sans se contredire, constater l'animosité personnelle de l'auteur des propos et le dire de bonne foi » (Crim., 30 mars 2005, pourvoi nº 04-83.453, *Bull. crim.* 2005, nº 109; *Légipresse*, 2005, nº 222, III, p. 111, note B. Ader).

2. La jurisprudence de la CEDH

Pour contrôler que les juridictions nationales n'ont pas violé l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, la CEDH se fonde sur deux piliers :

la notion de débat d'intérêt général d'une part, et celle, résultant d'une distinction entre déclaration de fait et jugement de valeur, de base factuelle suffisante d'autre part.

Elle juge qu'« un niveau élevé de protection de la liberté d'expression, qui va de pair avec une marge d'appréciation des autorités particulièrement restreinte, sera normalement accordé lorsque les propos tenus relèvent d'un sujet d'intérêt général » (selon la formulation qu'en propose la CEDH, Gde chambre, arrêt du 23 avril 2015, Morice c. France, n° 29369/10, étant entendu que ce concept a été dégagé depuis un arrêt du 8 juillet 1986, Lingens c. Autriche, n° 9815/82), notion qui peut tenir, soit à la personne visée par les propos en cause, publique, du fait de son statut, comme c'est le cas des hommes politiques ou des fonctionnaires publics, ou du fait de sa notoriété, c'est-à-dire en raison de leur exposition dans les médias ou par les médias (voir par exemple, CEDH, arrêt du 23 mai 1991, Oberschlick c. Autriche, n° 11662/85 ; CEDH, arrêt du 7 novembre 2006, Mamère c. France, n° 12697/03), soit du fait de l'objet même des propos en cause, et spécialement de « l'importance de la question pour le public ainsi que la nature de l'information révélée » (CEDH, Gde chambre, arrêt du 7 février 2012, Axel Springer AG c. Allemagne, n° 39954/08).

S'agissant de la notion de base factuelle suffisante, la Cour de Strasbourg, qui distingue entre les déclarations de fait et les jugements de valeur (CEDH, arrêt du 8 juillet 1986, Lingens c. Autriche, n° 9815/82 ; CEDH, arrêt du 22 décembre 2005, Paturel c. France, n° 54968/00), affirme de manière régulière que, si « la matérialité des déclarations de fait peut se prouver ; en revanche, les jugements de valeur ne se prêtant pas à une démonstration de leur exactitude, l'obligation de preuve est donc impossible à remplir et porte atteinte à la liberté d'opinion […] En cas de jugement de valeur, la proportionnalité de l'ingérence dépend de l'existence d'une "base factuelle" suffisante sur laquelle reposent les propos litigieux : à défaut ce jugement de valeur pourrait se révéler excessif » (voir par exemple, CEDH, arrêt du 23 avril 2015, Morice c. France, précité).

Si les deux critères nationaux du but légitime et de l'enquête sérieuse rencontrent largement les critères européens de la contribution à un débat d'intérêt général et de la base factuelle suffisante, il convient de relever que la CEDH accorde moins de place à des notions qui pourraient renvoyer aux deux autres critères nationaux, de l'absence d'animosité personnelle et de la prudence dans l'expression.

Ainsi, saisie d'une affaire où les juridictions françaises avaient retenu l'animosité personnelle pour écarter la bonne foi, la Cour européenne relève que ce critère manque de pertinence, « compte tenu […] du contexte de débat passionnel dans le cadre duquel s'inscrit l'ouvrage litigieux » (CEDH, arrêt du 22 décembre 2005, Paturel c. France précité).

Sans l'écarter complètement, elle traite également avec circonspection le critère de la prudence dans l'expression, jugeant notamment « que si tout individu qui s'engage dans un débat public d'intérêt général […] est tenu de ne pas dépasser certaines limites quant […] au respect de la réputation et des droits d'autrui, il lui est permis de recourir à une certaine dose d'exagération, voire de provocation, c'est-à-dire d'être quelque peu immodéré dans ses propos » (CEDH, arrêt du 7 novembre 2006, Mamère c. France précité ; voir également CEDH, arrêt du 14 février 2008, July et SARL Libération c. France, n° 20893/03, *JCP* 2008-II, p. 10118, note E. Derieux).

Pour autant, cette apparente inconciliabilité des jurisprudences européenne et nationale a été progressivement surmontée.

B. Les étapes d'une conciliation

Cette conciliation s'est faite en trois temps, la fragilisation initiale du fait justificatif de la bonne foi (1) laissant la place à une coexistence des deux approches (2) puis enfin à une véritable conciliation de celles-ci (3).

1. Les limites admissibles de la liberté d'expression

Si la Cour de cassation avait déjà, de façon exceptionnelle, motivé le rejet d'un pourvoi contre un arrêt qui admettait le bénéfice de la bonne foi dans des termes largement inspirés de la jurisprudence européenne (Ch. mixte, 24 novembre 2000, pourvoi nº 97-81.554, *Bull.* 2000, Avis, nº 4, *Rapport 2000*, p. 529), elle n'avait prononcé des cassations au visa de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme que pour admettre que le prévenu puisse verser aux débats sur la vérité et la bonne foi des pièces provenant d'une procédure pénale (Crim., 11 février 2003, pourvois nº 01-86.696 et nº 01-86.685, *Bull. crim.* 2003, nº 29) et pour juger qu'un propos avait été jugé à tort injurieux par les juges du fond (Crim., 14 février 2006, pourvoi nº 05-81.932, *Bull. crim.* 2006, nº 42, p. 165).

C'est, en revanche, dans des conditions qui ont ébranlé la construction juridique de la bonne foi que la Cour de cassation, saisie d'un pourvoi contre un arrêt qui en avait refusé le bénéfice à un des protagonistes de l'affaire dite « Executive Life » et au directeur de la publication et au journaliste qui avaient rendu compte de ses propos, compte tenu de l'animosité personnelle du premier et de l'absence de distance et d'enquête contradictoire du dernier, a jugé « que l'article incriminé, traitant d'un sujet d'intérêt général relatif au rachat frauduleux par un organisme bancaire d'une compagnie d'assurance de droit étranger qui avait entraîné la mise à la charge de l'État français, et donc du contribuable, des sommes considérables, ne dépassait pas les limites de la liberté d'expression au sens de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme » (Crim., 11 mars 2008, pourvoi nº 06-84.712, *Bull. crim.* 2008, nº 59 ; *Légipresse* 2008, nº 253 III, p. 130, obs. B. Ader ; *JCP* éd. G. 2008, I, p. 209, nº 3, obs. B. de Lamy). Sur l'interprétation de cet arrêt, les commentateurs étaient partagés : si, pour Basile Ader, il redessinait les contours de la bonne foi, pour Bertrand de Lamy, au contraire, il ouvrait une « troisième voie », consistant « à admettre moins facilement le caractère diffamatoire d'un propos pour ne pas avoir à vérifier si l'infraction était, éventuellement, justifiée ».

Un an après, la Cour de cassation a censuré un arrêt qui avait condamné un journaliste ayant publié, sur l'affaire dite des « disparues de l'Yonne », des propos visant le procureur de la République ayant connu de l'affaire, arrêt qui relevait l'absence de prudence de l'auteur des propos au regard des éléments recueillis par lui, notamment en l'état de l'annulation de la sanction disciplinaire qui avait été prononcée contre ce magistrat; la Cour de cassation juge au contraire « que l'article incriminé, portant sur un sujet d'intérêt général relatif au traitement judiciaire d'une affaire criminelle ayant eu un retentissement national, ne dépassait pas les limites admissibles de la liberté d'expression dans la critique de l'action d'un magistrat » (Crim., 12 mai 2009, pourvoi nº 08-85.732, *Bull. crim.* 2009, nº 88 ; *Légipresse*, 2009, nº 266, obs. B. Ader ; *JCP* éd. G. 2009 I, p. 441, nº 6, obs. B. de Lamy; *Comm. com. électr.* 2009, comm. 82, note A. Lepage). Pour ce dernier auteur, la Cour de cassation substituait ainsi un fait justificatif à un autre, de sorte que les critères de la bonne foi « volent en éclat par l'introduction du

fait justificatif du sujet d'intérêt général, qui ne tient pas du tout compte du comportement, des diligences éventuelles de l'auteur de la diffamation ».

En tout état de cause, très vite, la chambre criminelle a fait expressément état de la seconde exigence de la jurisprudence européenne, la base factuelle suffisante, qui n'apparaissait pas dans ces deux premiers arrêts, et a jugé qu'un arrêt de condamnation, rendu au terme d'une analyse des quatre critères de la bonne foi, n'encourait pas les griefs formés contre lui au visa de l'article 10 précité, « dès lors que les propos en cause, même s'ils concernaient un sujet d'intérêt général, étaient dépourvus de base factuelle suffisante et constituaient des attaques personnelles excédant les limites de la liberté d'expression et de la polémique politique » (Crim., 10 novembre 2009, pourvoi nº 09-80.856).

2. La coexistence des approches

Pour autant, la Cour de cassation, alternant, notamment en fonction des moyens de cassation qui lui étaient soumis, entre les quatre critères de la bonne foi et l'approche européenne, a rejeté un pourvoi formé contre un arrêt de condamnation et, répondant à un moyen qui n'invoquait pas l'article 10 de la convention mais critiquait l'appréciation faite par l'arrêt attaqué des critères traditionnels, a approuvé la cour d'appel d'avoir retenu, pour exclure le prévenu du bénéfice de la bonne foi, son animosité personnelle et son défaut de prudence (Crim., 11 avril 2012, pourvoi nº 11-83.007, *Bull. crim.* 2012, nº 91).

On peut aussi penser qu'elle a privilégié sa méthode traditionnelle, lorsqu'elle la conduisait à une solution qu'aurait vraisemblablement appelée l'application des principes découlant de la jurisprudence européenne : ainsi, quoique saisie d'un moyen fondé sur l'exigence de proportionnalité résultant de l'article 10 de la convention, a-t-elle censuré un arrêt de condamnation au motif qu'il avait subordonné le sérieux de l'enquête à la preuve de la vérité des faits diffamatoires (Crim., 17 juin 2008, pourvoi nº 07-80.767, *Bull. crim.* 2008, nº 151 ; *JCP* éd. G. 2008 I, p. 209, nº 4, obs. B. de Lamy).

Mais, parallèlement, toujours pour censurer des décisions de condamnation refusant au prévenu, au terme d'une analyse des quatre critères, le bénéfice de la bonne foi, elle creusait la veine jurisprudentielle issue des arrêts de 2008 et 2009 (voir par exemple, Crim., 8 avril 2014, pourvoi nº 12-88.095, *Bull. crim.* 2014, nº 103 ; Crim., 6 mai 2014, pourvoi nº 12-87.789, *Bull. crim.* 2014, nº 121 ; *D.* 2014, p. 1414, nº 6, chron. G. Barbier).

3. Les voies d'une conciliation

Comme l'écrivait avec une grande lucidité un auteur commentant l'arrêt du 11 mars 2008 « Executive Life » précité, « la chambre criminelle ne met pas pour autant à néant l'édifice jurisprudentiel traditionnel sur la bonne foi. Elle y ajoute simplement un critère de proportionnalité qui, en l'espèce, repoussait les limites habituelles des critères de prudence dans l'expression, et d'absence d'animosité personnelle » (B. Ader, « Bonne foi : la chambre criminelle à l'heure de la jurisprudence européenne sur les questions d'intérêt général », *Légipresse* 2008, nº 253).

C'est à ce chemin qu'invitait un autre auteur, quand il écrivait, également dès 2008, que « les critères dégagés par la jurisprudence européenne sur le fondement de l'article 10 de la Convention ne devraient pas être des causes de justifications autonomes

mais des considérations s'articulant avec la bonne foi pour affiner encore ses conditions d'application» (JCP éd. G. 2008, I, p. 209, chron. B. de Lamy).

La Cour de cassation, consciente que les critères traditionnels continuent d'offrir aux juges un cadre d'analyse structurant, à la condition qu'ils en usent conformément à la jurisprudence de la CEDH, s'est engagée dans cette voie et a ainsi proposé des solutions articulant les deux approches, par exemple en approuvant un arrêt qui avait admis le bénéfice de la bonne foi, « dès lors que le prévenu, qui n'est pas un professionnel de l'information, n'était pas tenu aux mêmes exigences déontologiques qu'un journaliste, qu'il disposait d'une base factuelle suffisante pour s'interroger publiquement […], dans le contexte d'un débat d'intérêt général, sur des informations faisant état de pratiques journalistiques contestables, et qu'il l'a fait avec prudence, sans excéder les limites admissibles de la liberté d'expression» (Crim., 11 juin 2013, pourvoi nº 12-83.487, *Bull. crim.* 2013, nº 136; *Légipresse* 2013, nº 308, p. 497, note B. Ader).

Trois arrêts récents proposent plus explicitement des pistes de cette conciliation, que résume leur sommaire commun : « En matière de diffamation, lorsque l'auteur des propos soutient qu'il était de bonne foi, il appartient aux juges, qui examinent à cette fin si celui-ci s'exprimait dans un but légitime, était dénué d'animosité personnelle, s'est appuyé sur une enquête sérieuse et a conservé prudence et mesure dans l'expression, d'apprécier ces critères d'autant moins strictement qu'ils constatent, en application de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, tel qu'interprété par la Cour européenne, que les propos s'inscrivaient dans un débat d'intérêt général et reposaient sur une base factuelle suffisante» (Crim., 28 juin 2017, pourvois nº 16-80.064, nº 16-80.066 et nº 16-82.163, publiés au *Bulletin*).

C'est ainsi que la Cour de cassation, censurant deux arrêts qui refusaient le bénéfice de la bonne foi, a relevé au contraire que les propos poursuivis s'inscrivaient dans un « débat d'intérêt général sur les relations prêtées à un homme politique, à l'occasion d'élections législatives, spécialement sur la proximité supposée entre celui-ci et un artiste connu pour son antisémitisme », reposaient sur une base factuelle suffisante, contrairement à ce qu'avait retenu la cour d'appel, ajoutant « qu'il ne pouvait être reproché à M. J., homme politique et non professionnel de l'information, s'exprimant en direct lors d'une émission radiophonique, d'avoir adopté un ton indéniablement polémique», de sorte que la cour d'appel ne pouvait retenir contre le prévenu un défaut de prudence (premier arrêt, pourvoi nº 18-80.064, le deuxième, pourvoi nº 16-80.066, concernant un autre prévenu dans la même situation, étant très similaire).

Par un raisonnement identique, la Cour de cassation rejette le pourvoi d'une partie civile déboutée, qui invoquait une violation tant de la notion de bonne foi que des principes conventionnels, dès lors qu'il résulte des énonciations de l'arrêt attaqué « que les propos poursuivis s'inscrivaient dans un débat d'intérêt général en vue d'une élection politique locale et reposaient sur la base factuelle suffisante des témoignages recueillis par leur auteur et matérialisés dans plusieurs attestations, de sorte que le prévenu qui, n'étant pas un professionnel de l'information, n'avait pas à effectuer d'autres investigations, ne pouvait, compte tenu de ce contexte et de cette base factuelle, se voir reprocher d'avoir manqué de prudence dans l'expression dans des conditions de nature à le priver du bénéfice de la bonne foi» (troisième arrêt).

Le travail d'adaptation, par la voie de la conciliation, aux principes d'interprétation de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme par la CEDH, de

la jurisprudence construite en plus d'un siècle par la Cour de cassation à partir de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, dont témoignent les développements qui précèdent, ne supprime pas le risque de divergence entre le juge national et le juge européen : quels que soient les concepts de référence, but légitime ou débat d'intérêt général, enquête sérieuse ou base factuelle suffisante, ceux-ci restent suffisamment souples pour que des solutions divergentes puissent être dégagées.

§ IV. L'exemple du réexamen en matière pénale et civile

Une fois brièvement rappelé le contexte de la création de cette procédure (A), elle sera illustrée par des exemples empruntés à la matière pénale (B) puis à la matière civile (C).

A. Le contexte de la création du réexamen

Le dialogue des juges est parfois douloureux : rien de plus sévère pour l'institution judiciaire française que le constat, par la Cour européenne des droits de l'homme, qu'elle a violé l'un des droits fondamentaux garantis par la Convention.

Il importe peu que la cour suprême française, n'examinant pas le fait, contrairement à la plupart de ses homologues, puisse se trouver dans l'incapacité structurelle de corriger une erreur d'appréciation : la Cour européenne ne doit pas être entravée par la manière dont les tâches se répartissent au sein d'un système national.

Ce hiatus est l'une des raisons de la rénovation des méthodes de travail de la Cour de cassation, qui précise progressivement sa doctrine en matière de contrôle de proportionnalité (voir *infra* partie 2, titre 3, et, sur son site internet, le Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation d'avril 2017, p. 158 et s.).

Le remède à la violation de la Convention est d'abord collectif et systémique ; il passe par une réforme législative, une modification jurisprudentielle, une transformation des pratiques. Mais, au plan individuel, quel remède efficace pour l'individu dont la Cour européenne reconnaît que les droits ont été violés, au-delà de la satisfaction morale du constat de violation et de celle, souvent très symbolique, des sommes accordées à titre de « satisfaction équitable » ?

Ce plaideur se heurte à l'autorité de la chose jugée par la juridiction nationale, contre laquelle, par hypothèse, tous les recours internes ont été épuisés, puisque c'est la première condition de la recevabilité de sa requête à Strasbourg.

Quant à la Cour européenne, n'ayant pas vocation à rejuger elle-même au fond, elle ne peut renvoyer à un pays B le soin de rejuger une affaire initialement jugée dans un pays A : le remède ne peut être trouvé qu'au sein de chaque système national, par une procédure spécifique de réexamen ouvrant une brèche limitée et exceptionnelle dans l'autorité de chose jugée.

En conséquence, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a adopté le 19 janvier 2000 une recommandation n° R (2000) 2 ayant pour objet d'inviter les États membres à s'assurer qu'il existe dans leur législation des procédures adéquates, notamment de réexamen, pour que la partie lésée par une décision que la Cour a jugée contraire à la Convention se retrouve, dans la mesure du possible, dans la situation où elle était avant la violation de la Convention, selon le principe de la *restitutio in integrum*. Cette

recommandation ne comporte pas de suggestion quant au régime procédural du réexamen en matière pénale, mais l'expert désigné par le Comité des ministres (Rapport du Comité directeur pour les droits de l'homme [CDDH] du 3 mai 2006) a souligné en particulier (§ 19) qu'une fois « la réouverture accordée, il est primordial que la personne se retrouve dans une situation d'accusée et que la présomption d'innocence et les règles en matière de détention provisoire s'appliquent ».

Ayant un peu devancé le vœu du Conseil de l'Europe, la France a adopté, le 15 juin 2000 avec la loi n° 2000-516 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, un dispositif de réexamen des condamnations pénales consécutif au prononcé d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme. La loi n° 2014-640 du 20 juin 2014 relative à la réforme des procédures de révision et de réexamen d'une condamnation pénale définitive a ensuite profondément rénové tant la procédure de révision que celle de réexamen en matière pénale.

En matière civile, ce n'est que par la loi n° 2016-1547 du 16 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle, et sur amendement parlementaire, que la France a instauré le mécanisme de réexamen souhaité par la recommandation n° R (2000) 2 du Conseil de l'Europe, en limitant toutefois l'ouverture d'un recours à la matière de l'état des personnes. Une Cour de réexamen des décisions civiles a donc été instituée, émanation de la Cour de cassation. Les dispositions transitoires de la loi autorisent le recours, dans le délai d'un an à compter de son entrée en vigueur, contre les arrêts irrévocables ayant déjà donné lieu à un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme constatant la violation de la Convention.

B. Le réexamen en matière pénale : illustration et difficultés

La procédure de réexamen confiée par la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes à la commission de réexamen, puis, dans des conditions de fond similaires, par la loi n° 2014-640 du 20 juin 2014 relative à la réforme des procédures de révision et de réexamen d'une condamnation pénale définitive à la cour de révision et de réexamen, permet précisément de résoudre, dans une affaire donnée, les divergences d'appréciation entre le juge national et le juge européen.

Principalement mise en œuvre par des condamnés qui avaient obtenu, devant la CEDH, un constat de violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme au cours de la procédure ayant conduit à leur condamnation, elle a aussi abouti, dans trois affaires de diffamation (Com. de réexamen, 28 février 2008, n° 07RDH008 ; 25 septembre 2014, pourvoi n° 14RDH001 ; Com. rév. et de réexamen, 14 avril 2016, n° 15REV135), à la suite d'un constat de violation de l'article 10 de ladite convention qui tenait précisément à une différence d'appréciation de la bonne foi du prévenu (respectivement, CEDH, Mamère c. France, arrêt du 7 novembre 2006, préc. ; CEDH, arrêt du 10 octobre 2013, Jean-Jacques Morel c. France, n° 25689/10 ; CEDH, arrêt du 23 avril 2015, Morice c. France, préc.).

Cette dernière affaire, dans laquelle l'avocat de la veuve d'un magistrat français, mort à Djibouti dans des conditions suspectes, avait été condamné pour diffamation contre les juges d'instruction en charge du dossier pour avoir suggéré leur connivence avec le procureur de Djibouti, soupçonné de chercher à cacher la vérité, a donné lieu

à saisine de la Cour de cassation par la cour de révision et de réexamen. Il a été jugé que « les propos litigieux, qui portaient sur un sujet d'intérêt général relatif au traitement judiciaire d'une affaire criminelle ayant eu un retentissement national et reposaient sur une base factuelle suffisante, à savoir le défaut de transmission spontanée au juge nouvellement désigné d'une pièce de la procédure et la découverte d'une lettre empreinte de familiarité, à l'égard des juges alors en charge de l'instruction, du procureur de Djibouti qui dénonçait le comportement de Mme B. et de ses avocats, ne dépassaient pas les limites admissibles de la liberté d'expression d'un avocat dans la critique et le jugement de valeur portés sur l'action des magistrats et ne pouvaient être réduits à la simple expression d'une animosité personnelle envers ces derniers » (Ass. plén., 16 décembre 2016, pourvoi nº 08-86.295, *Bull. crim.* 2016, Ass. plén., nº 1 ; *Rapport* 2016, p. 119 ; *JCP* 2016, éd. G, Act., 1436 ; *Gaz. Pal.* 2017, nº 7, p. 32, note Ph. Piot).

Comme les arrêts du 28 juin 2017 (Crim., 28 juin 2017, pourvois nº 16-80.064, nº 16-80.066 et nº 16-82.163, préc.), cette décision apparaît très significative de la volonté de la Cour de cassation de concilier l'application des critères de la bonne foi avec la jurisprudence de la CEDH, sans toutefois y renoncer.

La nouvelle Cour de révision et de réexamen issue de cette réforme s'est récemment trouvée confrontée, dans une procédure de réexamen en matière pénale, à une difficulté sérieuse et inédite pour apporter un remède effectif à une personne pénalement condamnée en violation de la Convention, tout en respectant l'architecture de la loi du 20 juin 2014 précitée.

En 2010, accusée d'avoir volontairement donné la mort à son mari, une femme avait été condamnée à dix années d'emprisonnement. Après le rejet de son pourvoi par la Cour de cassation (Crim., 23 mai 2012, pourvoi nº 11-80.745), elle avait saisi la Cour européenne des droits de l'homme. Le 21 mai 2015, sanctionnant tout à la fois l'absence de toute motivation des arrêts d'assises, qui avait perduré jusqu'à la loi nº 2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs, et la jurisprudence de la cour suprême française qui avait jugé ce système conforme à la Convention, la Cour européenne a retenu que la condamnée n'avait pas disposé de garanties suffisantes lui permettant de comprendre le verdict et dit que la France avait, à son égard, violé le droit à un procès équitable garanti par l'article 6, § 1.

Saisie d'une requête en réexamen de la condamnation, la Cour de révision et de réexamen a d'abord constaté, après avoir elle-même fait réaliser une expertise médicale, que la condamnée, ayant subi un accident neurologique aux séquelles particulièrement lourdes, n'était plus en état d'être jugée. En principe, lorsque la requête en réexamen est fondée et que la violation de la Convention tient à la décision des juges du fond, la Cour de révision et de réexamen annule la condamnation et renvoie l'affaire devant une juridiction du même degré – une cour d'assises, par exemple – et, lorsqu'un nouvel examen du pourvoi en cassation serait de nature à remédier à la violation de la Convention, elle renvoie devant l'assemblée plénière de la Cour de cassation. Dans cette affaire, ce n'est pas la Cour de cassation, fût-ce en assemblée plénière, qui aurait pu, en réexaminant le pourvoi, pallier l'absence de motivation de la condamnation par l'arrêt d'assises.

L'article 624-7 du code de procédure pénale issu de la loi du 20 juin 2014 précitée dispose, en son troisième alinéa, que, par exception, en cas d'impossibilité de procéder

à de nouveaux débats, notamment en cas de décès du condamné, la formation de jugement « statue au fond » et annule seulement celles des condamnations qui lui paraissent non justifiées. Or, tel était le cas en l'espèce, l'état de santé de la condamnée rendant impossibles de nouveaux débats. Assez singulièrement, il incombait ainsi à la Cour, en raison même de cette impossibilité, de tenir audience pour examiner l'affaire au fond, un peu comme en matière de révision, après avoir convoqué toutes les parties au procès initial et, le cas échéant, en procédant à l'audition de témoins ou d'experts.

Cette situation était inédite, et la manière de procéder, qui n'est pas véritablement organisée par la loi du 20 juin 2014 précitée, n'avait été envisagée ni par le Conseil de l'Europe, ni par la doctrine française, ni par les travaux parlementaires ; aucun système étranger ne paraissait pouvoir fournir de comparaison pertinente.

Or, précisément à l'époque du traitement de cette requête en réexamen, la Cour européenne des droits de l'homme a montré l'importance considérable qu'elle attachait à un traitement adéquat de tels recours par les États membres, en évoquant d'office en grande chambre deux affaires revenant devant elle après le rejet, par une cour suprême, de telles demandes (CEDH, arrêt du 5 février 2015, Bochan c. Ukraine, n° 22251/08, en matière civile, et surtout CEDH, arrêt du 11 juillet 2017, Moreira Ferreira c. Portugal, n° 19867/12, en matière pénale).

Pour résumer les apports de ces arrêts majeurs, on indiquera simplement qu'on est passé d'une situation dans laquelle la Cour s'estimait incompétente pour connaître de griefs se rapportant à de tels recours – au motif qu'ils se rapportaient à un stade de la procédure où l'accusé ne peut plus être considéré comme faisant l'objet d'une accusation en matière pénale, et par conséquent hors le champ d'application matériel de l'article 6 – à celle dans laquelle l'article 6 est pleinement applicable à ces procédures dans tous les cas où la juridiction nationale est amenée à statuer sur le bien-fondé de l'accusation.

La Cour de révision et de réexamen était donc, pour la première fois, confrontée à la perspective d'une nouvelle requête devant la Cour européenne. Son obligation de respecter le principe de la présomption d'innocence inhérent au réexamen, alors qu'elle n'avait pas annulé la condamnation définitive, et n'était pas saisie par l'acte d'accusation, revêtait une nouvelle dimension à laquelle, composée de membres de la Cour de cassation familiers de ce risque, elle était bien préparée.

Il était d'emblée évident que sa propre motivation sur la décision à intervenir – soit d'annulation pure et simple de la condamnation, soit de rejet de la requête en réexamen – remédierait de manière satisfaisante à l'absence de motivation de l'arrêt d'assises. Mais, dans l'hypothèse où elle retiendrait la culpabilité, se plaçant nécessairement à la date à laquelle elle statuait elle-même, et non à la date à laquelle la juridiction du fond avait statué, devait-elle motiver aussi sur la peine ? Au-delà, aurait-elle pu annuler partiellement l'arrêt de condamnation, mais seulement sur la peine, pour statuer à nouveau sur ce dernier point ?

Le texte de l'article 624-7 semble interdire, dans cette hypothèse, d'aller au-delà du caractère justifié de la condamnation, ce qui la laisse intacte en intégralité. Au reste, l'option à prendre sur la motivation de la peine n'avait guère de conséquence pratique possible, la requérante au réexamen n'étant plus en état de subir une quelconque peine d'emprisonnement, comme l'avait constaté l'expertise. Toutefois, le choix était délicat

au regard de la position tout récemment adoptée par la chambre criminelle de la Cour de cassation, qui avait prohibé toute motivation des arrêts d'assises sur la peine (Crim., 8 février 2017, pourvois n° 15-86.914, n° 16-80.389 et n° 16-80.391, *Bull. crim.* 2017, n° 41 ; *Dr. pénal* 2017, comm. n° 63, note A. Maron et M. Haas).

En définitive, la Cour de réexamen, après avoir, au terme d'une motivation factuelle circonstanciée, considéré que la déclaration de culpabilité de l'intéressée reposait sur des éléments objectifs, précis et concordants emportant la conviction, a retenu, par une formule brève, que la peine prononcée était fondée « au regard de la gravité des faits et de la personnalité de l'intéressée » (Cour de révision et de réexamen, arrêt du 25 janvier 2018, n° 16REV043). Ainsi a été atteint l'équilibre entre les exigences nouvelles de la Cour européenne quant aux procédures de réexamen et les limitations des textes internes rendant difficile le respect pourtant indispensable de la présomption d'innocence à ce stade exceptionnel de la procédure pénale.

C. Le réexamen en matière civile : illustrations

En matière civile, les époux M. ont sollicité en mai 2017 le réexamen de l'arrêt rendu en 2011 par la Cour de cassation (1re Civ., 6 avril 2011, pourvoi n° 10-19.053, *Bull.* 2011, I, n° 72) rejetant leur pourvoi contre une décision ayant annulé la transcription à l'état civil des actes de naissance californiens de leurs deux enfants issus d'une gestation pour autrui.

La Cour européenne des droits de l'homme avait en effet constaté en 2014 la violation du droit de leurs enfants à une vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention, lequel implique que chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation (CEDH, arrêt du 26 juin 2014, n° 65192/11), ce qui avait conduit la Cour de cassation à revenir solennellement sur sa jurisprudence précédente (Ass. plén., 3 juillet 2015, pourvois n° 14-21.323 et n° 15-50.002, *Bull.* 2015, Ass. plén., n° 4; *Rapport* 2015, p. 105). Dans une situation similaire, le 21 juillet 2016, la Cour européenne des droits de l'homme avait constaté la violation par la France du droit au respect de la vie privée et familiale de deux enfants nés en Inde par GPA (CEDH, arrêt du 21 juillet 2016, Foulon et Bouvet c. France, n° 9063/14 et n° 10410/14), ce qui a donné lieu à une autre requête en réexamen.

Par deux arrêts du 16 février 2018, ses tout premiers, la nouvelle Cour de réexamen, constatant que les violations de la Convention constatées avaient des conséquences dommageables persistantes, a fait droit à la demande de réexamen des pourvois et renvoyé les affaires devant l'assemblée plénière de la Cour de cassation (Cour de réexamen, 16 février 2018, n° 17RDH001 et n° 17RDH002 ; voir, sur le site internet de la Cour de cassation, la notice explicative relative à ces deux décisions).

Le 5 octobre 2018, l'assemblée plénière de la Cour de cassation, faisant application pour la première fois de la procédure d'avis organisée par le Protocole n° 16 à la Convention entré en vigueur le 1er août 2018, a retenu que l'étendue de la marge d'appréciation dont disposent les États parties quant à la nécessité de transcrire des actes de naissance étrangers désignant comme mère la « mère d'intention » était incertaine, et invité la Cour européenne des droits de l'homme à préciser sa jurisprudence sur ce point (Ass. plén., 5 octobre 2018, pourvoi n° 10-19.053, publié au *Bulletin*).

PARTIE 2. L'ARTICULATION DES NORMES

L'élaboration et la formulation de la règle de droit n'épuisent pas le rôle normatif de la Cour de cassation. Il lui revient de veiller à l'articulation des règles de droit selon leur champ d'application, leur nature ou leur valeur : la question renvoie naturellement à la hiérarchie des normes proprement dite, mais également à des notions plus subtiles, tels la règle supplétive, la règle d'ordre public ou les mécanismes propres à certaines branches du droit, comme la disposition la plus favorable au salarié en droit du travail.

La Cour de cassation participe ainsi à la construction d'un ordonnancement juridique des règles qui sont invoquées devant elle en identifiant la norme applicable (titre 1), en contrôlant sa validité (titre 2) ainsi que les résultats concrets de son application (titre 3).

TITRE 1. L'IDENTIFICATION DE LA NORME APPLICABLE

L'identification de la norme applicable est devenue passablement complexe en raison de la profusion des normes dont les parties sont susceptibles de se prévaloir, en particulier celles relevant du droit souple à la juridicité incertaine. La multiplication des normes appelle leur mise en ordre en précisant, d'une part, leur juridicité (chapitre 1) et, d'autre part, en identifiant, parmi toutes les normes juridiques en concurrence, celle ou celles qui permettront de régler le litige (chapitre 2).

Chapitre 1. La valeur juridique des normes

Parmi les règles invoquées, lesquelles sont des normes juridiques et lesquelles n'en sont pas ? La jurisprudence illustre ainsi la force normative des nomenclatures et barèmes, des DTU et de la normalisation technique, des conventions collectives, des tableaux de maladies professionnelles, des normes AFNOR et la question des circulaires d'application d'un texte et de l'utilisation des travaux préparatoires des lois applicables.

Ces règles posent des problèmes particuliers en droit pénal. Si les principes du droit pénal font mauvais ménage avec le droit souple, il est inévitable cependant qu'on invoque devant la Cour de cassation, à côté des sources constitutionnellement établies du droit (conventions internationales, lois, règlements…), des instruments qui ont en commun, à leur origine, non pas d'obliger leurs destinataires, mais plutôt de contribuer à orienter des comportements. Dès lors que la chambre criminelle de la Cour de cassation les prend en considération, soit pour favoriser la répression ou la réparation, soit au contraire pour épargner les personnes poursuivies, ces normes douces deviennent du droit, qui n'est plus simplement proposé, recommandé, conseillé, mais effectif pour l'espèce abordée et pour d'autres similaires.

La question est importante, tant ces outils d'appréhension des pratiques sociales, économiques, culturelles se développent, aussi bien dans les relations internationales que dans le fonctionnement de l'Union européenne, l'action des pouvoirs publics nationaux et la vie des entreprises, des services publics et des communautés humaines de toutes sortes.

Quelle est la source de ces diverses règles (section 1) ? Quels sont leurs domaines d'élection (section 2) ? Et dans quelle mesure influencent-elles l'issue du litige (section 3) ?

Section 1. Diversité des sources

La Cour de cassation, par son approche de la *soft law*, montre sa capacité d'innovation dans la recherche de la méthode de raisonnement.

L'expression *soft law* bouscule le système juridique français par la langue d'expression, mais également par la référence à la douceur, *a priori* étrangère à la norme, laquelle se caractérise classiquement par la valeur obligatoire attachée à une règle de conduite.

Le droit, dans sa machinerie visant à organiser la vie en société, recourt à différents mécanismes, pour tenir compte de comportements nouveaux ou d'acquisitions sociales nouvelles, pour induire de nouveaux comportements, ou encore pour permettre à des entités nouvelles dépourvues de pouvoir normatif de prendre part à la recherche du bien vivre ensemble par des instruments adaptés à leur rôle. Il joue ainsi de la mesure de l'intensité normative et le système, par des sources diverses, notamment européennes et internationales, sait parfois proposer non pas des règles classiques, mais des « lignes directrices », caractérisées par leur défaut de valeur obligatoire. Celles-ci sont portées par des instruments nouveaux, non référencés dans les instruments classiques, ce qui justifie sans doute la variété de leurs appellations ; le terme *soft law* a ainsi le mérite de poser une étiquette sur cet ensemble hétérogène.

Quant à leur forme, peu importe que ces sources d'un droit « éventuel » soient construites (ainsi, des circulaires, des « doctrines administratives »), transcrites (ainsi les recueils de bonnes pratiques, les nomenclatures, barèmes et référentiels), fondamentalement orales (ainsi, pour les savoir-faire d'une profession, les traditions locales, les coutumes sociales, les rites religieux) ou même se déduisent d'un comportement d'abstention (on songe aux tolérances administratives, illustrées par exemple, en matière d'urbanisme, par un arrêt de la chambre criminelle du 15 octobre 2002 [Crim., 15 octobre 2002, pourvoi n° 01-87.640] précisant que deux courriers d'un maire, le premier autorisant la reconstruction d'un chalet en ruine, le second émettant un avis favorable au transfert de cette autorisation au nouveau propriétaire, ne sauraient constituer un permis de construire en bonne et due forme).

Leur niveau de précision est également variable, de la simple recommandation à la charte ou au code de bonne conduite, de la directive au contrat-type ou à l'agrément par une chambre ou un syndicat professionnels et finalement, du communiqué professionnel ponctuel au recueil d'expériences concrètes et de mesures. La Cour de cassation ne s'aventure pas à déterminer une échelle qui serait déterminante de la prise en considération du document invoqué.

Leur dénomination n'importe pas davantage : la Cour de cassation ne tente pas de rectifier ou d'unifier les manières diverses dont les promoteurs de ces normes indicatives les ont qualifiées. Ainsi, on le constaterait à la lecture des arrêts cités ci-dessous, des chiffrages peuvent prendre indifféremment les noms de barème, référentiel, nomenclature ; des documents techniques peuvent être désignés comme normes, recueil de pratiques, usages ; il n'a pas non plus paru nécessaire de distinguer les traditions (locales, religieuses, culturelles…) des coutumes – au sens commun et moderne de ce mot.

Quant à leur preuve, ces sources, qui n'ont pas l'onction constitutionnelle et sont d'abord des faits avant de devenir peut-être du droit, doivent parfois être démontrées, au point de pouvoir faire l'objet de mesures d'instruction (Crim., 13 juin 2017, pourvoi n° 17-80.641, *Bull. crim.* 2017, n° 165, approuvant une chambre de l'instruction d'avoir retenu que « la recherche des normes techniques applicables à la fourniture et à la pose d'un système de fermeture impliqué dans un accident n'excède pas les limites d'un examen technique susceptible d'être donné à un professionnel »).

Section 2. Variété des domaines

Dans quelles branches du droit se rencontrent ces normes souples dont la Cour de cassation accepte parfois de faire du droit positif ?

En ce qui concerne la chambre criminelle, cette œuvre créatrice trouve son siège principal dans les branches de la répression qui jalonnent la pratique sociale ordinaire, sinon quotidienne, telles que les infractions non intentionnelles, le droit pénal dit « réglementaire » (environnement, urbanisme, consommation, santé), la vie des entreprises ou encore les loisirs (fêtes, sport, spectacles animaliers). Inversement, on rencontrera peu le droit souple dans les circonstances exceptionnelles, voire marginales, que sont les atteintes volontaires à la personne ou aux biens ou encore aux intérêts de la Nation ou à la sûreté de l'État ; et non moins naturellement, au sein de la procédure pénale elle-même, rétive aux assouplissements parfois invoqués (Crim., 14 novembre 2017, pourvoi n° 16-86.663, publié au *Bulletin* : « le juge ne peut fonder sa décision que sur des preuves qui lui sont apportées au cours des débats et contradictoirement discutées avec lui et […], selon la même attestation (établie par le directeur du greffe de la cour d'appel et produite à l'appui du pourvoi), en l'absence de protocole d'accord sur l'utilisation de moyens de communication électronique en matière pénale dans le ressort de la juridiction, aucune pièce n'a été reçue »).

Ainsi, à propos des infractions non intentionnelles, le concept de « faute caractérisée exposant autrui à un dommage d'une exceptionnelle gravité » (article 121-3, alinéa 4, du code pénal : Crim., 6 décembre 2016, pourvoi n° 15-84.105, préc.), ou celui (même article, alinéa 3) de diligences « normales » laisse place au maniement de normes souples parfois redoutablement complexes et précises (à propos des diligences normales en cas de pollution causée par l'exploitation d'une installation classée, voir Crim., 13 janvier 2015, pourvoi n° 13-88.183, *Bull. crim.* 2015, n° 17).

Il en est de même en droit pénal réglementaire, qui accompagne les populations dans leur vie quotidienne et soutient ou sous-tend l'action administrative.

La vie administrative, singulièrement en matière de protection de l'environnement, est ainsi traversée par ce même type de normes additionnelles, telles que les

propositions techniques, les recommandations, ou, « en creux », des tolérances (Crim., 20 février 1979, pourvoi nº 77-93.505, *Bull. crim.* 1979, nº 75).

Le droit de la santé mobilise à son tour une masse imposante de bonnes pratiques ou de pratiques consensuelles qui sont loin d'être toutes réglementées : à propos des bonnes pratiques officinales et pharmacopées, voir Crim., 1er avril 2008, pourvoi nº 06-88.948, *Bull. crim.* 2008, nº 88 ou encore de la surveillance légère – à travers l'oculus de la porte de la chambre, d'un patient hospitalisé en état d'ébriété – voir Crim., 8 novembre 2016, pourvoi nº 15-87.712, précité. Pour un exemple de bonne pratique réglementée, voir l'article L. 2141-1 du code de la santé publique en matière de procréation médicalement assistée, et les textes d'application.

Les amusements et les loisirs sont évidemment propices à s'affranchir de la règle générale, au profit des coutumes ou d'espèces de règles que chacun prétend se fixer à lui-même et que le juge accueille parfois. La fête, qui signifie souvent occupation débridée du domaine public, bruit, observation de rites perturbateurs de l'ordre public, peut ainsi échapper à la répression lorsqu'une tradition est démontrée (ainsi, à propos des pétards jetés lors du nouvel an chinois, et distingués dans la tradition du feu d'artifice [Crim., 4 avril 2006, pourvoi nº 05-85.511] ou, en sens inverse, pour un carnaval [Crim., 31 mars 1870, *Bull. crim.* 1870, nº 70]).

Le droit de la chasse (voir notamment les applications de l'article L. 424-4, alinéa 3, du code de l'environnement encadrant les moyens de chasse consacrés par les usages traditionnels), celui des spectacles d'animaux (voir par exemple, consacrant la corrida avec mise à mort, en présence d'une tradition ininterrompue dans un « ensemble démographique de culture commune » (Crim., 6 février 1992, pourvoi nº 89-84.675 ; Crim., 16 septembre 1997, pourvoi nº 96-82.649, *Bull. crim.* 1997, nº 295), limitant au contraire, à propos des combats de coqs, la portée de la tradition locale : Cons. const., 31 juillet 2015, décision nº 2015-477 QPC, M. Jismy R. [Incrimination de la création de nouveaux gallodromes]), ont en commun de mettre en œuvre, par exception aux interdictions d'atteinte aux espèces sauvages ou domestiquées, des traditions encore vivaces que le juge répressif serait mal avisé, voire illégitime, à dénier.

On citera encore l'exemple du droit du sport, complexe parce qu'irrigué par des pratiques ou des tolérances qui ne sont pas toutes consacrées par l'autorité publique – y compris les fédérations –, et parce que, traversé de surcroît par des concepts juridiquement spécifiques et d'un maniement aléatoire, notamment celui de la loyauté du jeu et celui de l'acceptation du risque (à propos de la pratique du tacle au football, voir Crim., 16 octobre 1984, pourvoi nº 83-94.343, *Bull. Crim.* 1984, nº 303).

S'agissant de la vie des affaires et de l'action administrative qui l'accompagne (impôts, douanes), la question a été posée à plusieurs reprises soit en faveur soit en défaveur des prévenus, de l'effet de la doctrine administrative fiscale (Crim., 5 septembre 2007, pourvoi nº 05-83.490 ; Crim., 16 mai 2012, pourvoi nº 11-81.791, *Bull. crim. 2012*, nº 125). Quant aux usages du commerce, ils peuvent contribuer à la définition de l'élément matériel d'un délit : ainsi de la notion de tromperie sur l'origine d'un produit (voir Crim., 15 juin 1999, pourvoi nº 98-83.505) ou encore de l'usage sans autorisation d'une marque appartenant à autrui (voir Crim.,18 avril 1988, pourvoi nº 87-82.299, *Bull. crim.* 1988, nº 163).

Le droit de la concurrence, qu'il soit de source européenne ou interne, est un domaine propre au foisonnement de ces lignes directrices visant à donner à des autorités, dont la légitimité d'intervention se fonde sur leur indépendance et leur expertise, le pouvoir de proposer des règles dont le degré de normativité diffère des règles classiques. La différence d'intensité normative de ces lignes directrices vient en outre de ce que ce droit est imprégné d'analyses, de concepts et de méthodes économiques, dont l'expression s'adapte mal à la formulation législative classique.

Parmi les textes de *soft law* du droit de la concurrence, comptent notamment en droit de l'Union européenne, les lignes directrices, les informations, les avis et les communications, et, en droit interne, les communiqués de l'Autorité de la concurrence (ADLC). Ainsi, préparé par la Commission dans le domaine de sa compétence, sans passer par la procédure législative des textes européens associant le Parlement et le Conseil, le texte de *soft law* est rédigé en considération de ses destinataires et vise à leur donner des éléments au soutien de leur analyse d'une situation.

Section 3. Variété de la portée

Qu'en est-il cependant de la position du juge qui n'est pas destinataire de ces textes, mais qui y est confronté dans l'expression du litige entre les parties ? Leur effet sur la solution du litige est naturellement variable. Ces instruments ont pour ambition, dans l'esprit de leurs promoteurs, d'encadrer les comportements, donc d'interdire ou de décourager, mais en même temps de soutenir les initiatives, donc d'excuser ou d'inciter.

Ainsi, la chambre criminelle de la Cour de cassation peut, selon chaque espèce, retenir une norme souple et en faire alors du droit positif contre un prévenu (Crim., 6 décembre 2016, pourvoi nº 15-84.105, contre un gazier qui avait manqué sciemment à de « bonnes pratiques professionnelles »), ou au contraire consacrer la force du document ou de la tradition comme fait exonératoire ou cause d'atténuation de la répression (Crim., 8 novembre 2016, pourvoi nº 15-87.712, consacrant la conduite hospitalière à adopter à l'égard d'une personne en état d'ébriété).

Mais il se peut que la Cour de cassation, même en présence d'une intention normative des promoteurs de la « référence » invoquée, n'entende pas la prendre en considération, soit que la prétendue norme n'ait pas la légitimité nécessaire, en général ou en l'espèce (à propos des circulaires : Crim., 18 février 2003, pourvoi nº 02-80.018, *Bull. crim.* 2003, nº 40 ; Crim., 6 décembre 2016, pourvoi nº 16-82.872), soit qu'elle contredise clairement le droit positif (à propos d'un arrosage nocturne bruyant, l'usage démontré par le prévenu étant contraire à l'article 479, 8º, du code pénal de 1810, désormais article R. 623-2, voir Crim., 3 novembre 1859, *Bull. crim.* nº 236), soit encore qu'elle relève nécessairement de l'appréciation du fait, donc de la souveraineté du juge du fond (à propos de la nomenclature dite Dintilhac, voir Crim., 24 janvier 2018, pourvoi nº 15-80.995, et de nombreux précédents, la chambre limitant son contrôle à la bonne application de l'article L. 376-1, alinéa 3, du code de la sécurité sociale, selon lequel « Les recours subrogatoires des caisses contre les tiers s'exercent poste par poste sur les seules indemnités qui réparent des préjudices qu'elles ont pris en charge, à l'exclusion des préjudices à caractère personnel »).

Se dessinent alors trois types d'analyse allant de l'absence de juridicité (§ I) à la pleine juridicité (§ III) en passant par un certain degré de juridicité (§ II).

§ I. L'absence de portée

Sont ainsi privés de juridicité une table de référence pour fixer le montant d'une pension alimentaire (A), le plan Vigipirate (B) et, plus généralement, les circulaires (C).

A. Une table de référence permettant la fixation de la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants sous forme de pension alimentaire

Le souci de favoriser une jurisprudence stable et prévisible, notamment dans les contentieux répétitifs, a conduit les pouvoirs publics à favoriser l'émergence d'un nouveau type de normes (barèmes, grilles d'indemnisation), qui, tout en ayant une influence reconnue, bénéficient d'une place incertaine dans le droit.

Les avantages de ce type de normes sont connus : elles favorisent une uniformisation des critères retenus par les magistrats pour trancher le litige et ainsi évitent d'éventuelles disparités nationales entre les juridictions. Elles ont par ailleurs une vertu pédagogique, la référence à une table pouvant fournir une base de discussion, paraissant objective, qui permet, en amont de la décision du juge, de favoriser une entente entre les parties et en aval, une meilleure acceptation de la décision par le justiciable.

Le contentieux relatif à la fixation des pensions alimentaires est une illustration de l'utilisation de ce type de normes.

Les exigences légales prévues pour la détermination du montant de la contribution à l'éducation et à l'entretien d'un enfant mineur, en cas de séparation des parents, découlent des dispositions de l'article 371-2 du code civil, qui dispose que « chacun des parents contribue à l'entretien et à l'éducation des enfants à proportion de ses ressources et de celles de l'autre parent, ainsi que des besoins de l'enfant ».

Pendant longtemps, ces dispositions ont constitué la seule référence juridique de ce contentieux de masse, un certain nombre de barèmes officieux étant toutefois diffusés de manière informelle et faisant l'objet d'une pratique disparate sur le territoire.

Cette disparité, qui était déplorée, a conduit à la mise en place, par la chancellerie, d'un groupe de travail pluridisciplinaire, lequel a reçu pour mission d'élaborer une règle de calcul susceptible de constituer un outil d'aide à la décision applicable, quels que soient la composition familiale, l'âge des enfants et les modalités de la résidence.

Ces travaux ont abouti à la création d'une table de référence, qui a été diffusée par le ministère de la justice par voie de circulaire (circulaire du 12 avril 2010 Civ/06/10 de diffusion d'une table de référence permettant la fixation de la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants sous forme de pension alimentaire).

Comme l'ont souligné certains auteurs (A.-M. Leroyer, *D.* 2013, p. 2968), les principes d'élaboration de la table de référence, qui relèvent d'une démarche économique, ne suivent pas strictement les critères fixés par la loi. Ainsi, par exemple, la prise en compte des revenus du parent créancier n'est qu'indirecte, le montant de la pension résultant de l'application d'un pourcentage au revenu du seul parent débiteur. Par

ailleurs, cette proportion est différente selon le nombre d'enfants qui sont à la charge de celui-ci et l'amplitude du droit de visite.

La circulaire de diffusion de la table de référence présentait le nouvel outil comme ayant vocation à se substituer aux barèmes officieux. Il y était toutefois clairement précisé que ce référentiel n'avait qu'une valeur purement indicative, et seulement « vocation à servir de base de discussion commune entre les parties, leur conseil, et le magistrat, pour déterminer le montant de la contribution aux frais d'éducation et d'entretien des enfants ». À la suite de la diffusion de ce barème, plusieurs cours d'appel se sont référées directement à l'existence de ce dernier pour motiver leur décision quant à la fixation de la contribution à l'éducation et à l'entretien des enfants, les parties l'invoquant également pour demander une diminution ou une augmentation de la contribution. La place ainsi conférée au barème par les juges du fond pouvait se comprendre dans un contexte où les termes mêmes de la circulaire présentaient la diffusion de cet outil comme devant favoriser l'unification des pratiques. L'ambiguïté de la portée normative du barème résultait ainsi de sa finalité, dès lors qu'il y avait bien, derrière l'utilisation de cet outil, la recherche d'une normalisation du pouvoir d'appréciation du juge, celui-ci se plaçant entre individualisation et standardisation des décisions (P. Deumier, « Une norme indicative : la table de référence pour fixer les pensions alimentaires », *RTD. Civ.* 2014, p. 77).

C'est dans ce contexte que la Cour de cassation est venue préciser la force normative du barème. Ainsi, par un arrêt du 23 octobre 2013, la première chambre civile a censuré la décision d'une cour d'appel qui s'était fondée directement sur la table de référence, sans motivation par rapport aux éléments mentionnés à l'article 371-2 du code civil que sont les ressources du débiteur, celles du créancier et les besoins de l'enfant : « Qu'en fondant sa décision sur une table de référence, fût-elle annexée à une circulaire, la cour d'appel, à laquelle il incombait de fixer le montant de la contribution litigieuse en considération des seules facultés contributives des parents de l'enfant et des besoins de celui-ci, a violé, par fausse application, le texte susvisé » (1re Civ., 23 octobre 2013, pourvoi nº 12-25.301, *Bull.* 2013, I, nº 203). Rappelant aux juges du fond que le barème ne peut être assimilé à une nouvelle norme impérative, la Cour de cassation fixe ainsi la force normative de celui-ci, faisant une application stricte de ce que commande la hiérarchie des normes à l'égard du contenu d'une circulaire, peu important que celle-ci ait pour objet de diffuser le plus largement possible un outil d'aide à la décision, dans un souci d'uniformisation des pratiques : une circulaire n'est destinée qu'à exposer l'état du droit, en vue d'assurer sur l'ensemble du territoire une application aussi uniforme que possible de la loi. Elle ne saurait ajouter à cet état du droit en édictant de nouvelles normes. Il importe dès lors, rappelle le guide de légistique pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires, de ne pas laisser entendre qu'une décision pourrait être prise en application d'une norme émanant d'une circulaire (Conseil d'État et secrétariat général du Gouvernement, *Guide de légistique*, Doc. française, 2017, p. 100).

La Cour de cassation précise ainsi, par cet arrêt, que le barème ne peut fonder un raisonnement juridique, ni suffire à motiver une décision. Les juges du fond doivent faire apparaître dans leur motivation qu'ils se sont livrés à une appréciation concrète de la situation des parties, au regard des critères de la loi, les tables ne permettant pas de prendre en compte les variables inhérentes à chaque espèce. Ce faisant, cette décision

restitue au juge son rôle premier de trancher un désaccord entre les parties, son office ne pouvant se limiter à l'application d'un barème.

La situation est différente lorsque c'est la loi qui confère au barème une valeur impérative, comme la loi n° 2016-1827 du 23 décembre 2016 de financement de la sécurité sociale pour 2017 l'a prévu désormais pour les accords conclus entre les parents, conformément au barème des pensions alimentaires, qui peuvent, sous cette condition, recevoir force exécutoire par le directeur de l'organisme débiteur des prestations familiales (article L. 582-2 du code de la sécurité sociale).

B. Le plan Vigipirate

Appelée à se prononcer sur la validité de la justification de contrôles d'identité par référence au plan Vigipirate et à la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, la Cour de cassation a rendu, à près de vingt ans d'intervalle, deux arrêts qui font prévaloir les dispositions législatives d'application stricte.

Le contrôle de l'identité d'une personne, qui limite la liberté d'aller et venir et induit une intrusion dans la vie privée, est une mesure très encadrée par le législateur depuis, notamment, les lois n° 81-82 du 2 février 1981 renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes dite « sécurité et liberté », n° 83-466 du 10 juin 1983 portant abrogation ou révision de certaines dispositions de la loi n° 81-82 du 2 février 1981 et complétant certaines dispositions du code pénal et du code de procédure pénale et n° 93-992 du 10 août 1993 relative aux contrôles et vérifications d'identité.

Si l'acte n'est pas précisément défini, ses contours font l'objet d'un consensus autour de l'idée selon laquelle le contrôle d'identité est « l'acte d'un agent de l'autorité publique consistant à demander à un particulier, sous les conditions posées par la loi, de justifier de son identité aux fins de l'examen du justificatif fourni, en tout lieu où cet agent se trouve légalement » (J. Buisson, « Contrôles et vérifications d'identité, articles 78-1 à 78-5 », *JCl* [procédure pénale], fasc. 10).

Tout contrôle d'identité est soumis au contrôle des autorités judiciaires, dans les conditions fixées par les décisions du Conseil constitutionnel des 5 août 1993 (Cons. const., 5 août 1993, décision n° 93-323 DC, Loi relative aux contrôles et vérifications d'identité) et 24 janvier 2017 (Cons. const., 24 janvier 2017, décision n° 2016-606/607 QPC, M. Ahmed M. e. a. [Contrôles d'identité sur réquisitions du procureur de la République]) et par la lettre des articles 78-1 du code de procédure pénale et R. 434-23 du code de la sécurité intérieure.

Il doit être précisé que, depuis la loi du 10 août 1993 précitée, le texte de l'article 78-2 du code de procédure pénale a été modifié à quatorze reprises, en dernier lieu par les lois n° 2016-274 du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France, n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale, n° 2016-256 du 28 février 2017 de programmation relative à l'égalité réelle outre-mer et portant autres dispositions en matière sociale et économique et n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme.

Il existe différents types de contrôle d'identité, à l'initiative des officiers de police judiciaire ou sur réquisition du procureur de la République. Dans le cas d'un contrôle

sur le fondement de l'article 78-2, alinéas 1 à 6, c'est-à-dire en lien avec le comportement de la personne et les « raisons plausibles de [la] soupçonner », le législateur n'exige pas que l'infraction, dont l'auteur est recherché, soit précisément déterminée, ni même qu'elle soit réelle. Cependant, la procédure écrite doit permettre au juge d'exercer son contrôle. À l'occasion du contrôle des procédures consécutives au contrôle d'identité (par la chambre criminelle, pour la procédure pénale, ou par la première chambre civile, pour les procédures conduisant à un placement en rétention), la Cour de cassation a dégagé les critères permettant de qualifier une « raison plausible de soupçonner » au sens de l'article 78-2 du code de procédure pénale.

Les principes guidant les contrôles d'identité de l'article 78-2, alinéa 7 (sur réquisitions du procureur de la République), et alinéa 8 (contrôles d'identité « administratifs »), résultent principalement, dans leur rédaction actuelle, de la loi n° 93-992 du 10 août 1993 précitée.

Le Conseil constitutionnel a validé les premiers dans la mesure où ils étaient soumis au contrôle strict, *a priori*, du procureur de la République, et, les seconds, sous la réserve d'une justification des circonstances particulières établissant le risque d'atteinte à l'ordre public. La doctrine a souligné combien ces deux types de contrôles tendaient à se rapprocher (F. Desportes, L. Lazerges, *Traité de procédure pénale*, Economica, 4e éd., 2015, n° 2228, p. 1474).

On peut encore rappeler que, s'il est réalisé dans les conditions de temps et de lieu de la réquisition, le contrôle prévu par l'article 78-2, alinéa 7, n'impose ni au procureur qui rédige la réquisition, ni aux agents réalisant l'opération, de démontrer un indice apparent autorisant un soupçon à l'égard de la personne contrôlée. En effet, le législateur de 1993 a clairement imposé un contrôle objectivé, distinct du comportement de la personne et cela dans le but explicite de contourner la jurisprudence dite « Bassilika » aux termes de laquelle « l'application de l'article 78-2, alinéa 2, du code de procédure pénale est subordonnée à la prévention "d'une atteinte à l'ordre public" qui soit directement rattachable au comportement de la personne dont l'identité est contrôlée » (Crim., 10 novembre 1992, pourvoi n° 92-83.352, *Bull. crim.* 1992, n° 370).

Le contrôle dit « administratif » peut, à cet égard, apparaître comme imposant une motivation plus circonstanciée des motifs de l'interpellation que le contrôle sur réquisition du parquet. Le contrôle « administratif » a, dès 1993, été assorti d'une réserve d'interprétation par le Conseil constitutionnel. En effet, la décision du 5 août 1993 précitée, souligne que « la pratique de contrôles d'identité généralisés et discrétionnaires serait incompatible avec le respect de la liberté individuelle » et que, pour cette raison, « s'il est loisible au législateur de prévoir que le contrôle d'identité d'une personne peut ne pas être lié à son comportement, il demeure que l'autorité concernée doit justifier, dans tous les cas, des circonstances particulières établissant le risque d'atteinte à l'ordre public qui a motivé le contrôle ».

Ainsi, le contrôle « administratif » ne peut-il être justifié par des formules abstraites. Les services de police doivent préciser en quoi la sûreté des personnes et des biens se trouve immédiatement menacée lors du contrôle (Crim., 4 octobre 1984, pourvoi n° 83-94.341, *Bull. crim.* 1984, n° 287, explicité par les conclusions de l'avocat général Dontenville (*D.* 1985, p. 54) : la chambre criminelle avait déclaré illégal un contrôle d'identité opéré à 10 heures du matin à la station Stalingrad, en considérant comme insuffisante l'allégation de la fréquence des agressions et des vols dans l'enceinte du

métro; Crim., 17 décembre 1996, pourvoi n° 96-82.829, *Bull. crim.* 1996, n° 470; Crim., 12 mai 1999, pourvoi n° 99-81.153, *Bull. crim.* 1999, n° 95).

La Cour de cassation a rappelé qu'il incombe au juge de rechercher si le contrôle d'identité a bien été effectué dans l'un ou l'autre des cas prévus par l'article 78-2 du code de procédure pénale (2e Civ., 3 février 2005, pourvoi n° 03-50.047 ; 1re Civ., 23 septembre 2015, pourvoi n° 14-14.685 ; 1re Civ., 11 mai 2016, pourvoi n° 15-18.264).

Dans ce contexte, la Cour de cassation a fait prévaloir l'application de ces dispositions législatives, qui ne peuvent être affectées que par des normes d'un niveau supérieur dans la hiérarchie des normes.

La question s'est posée de l'incidence, sur la mise en œuvre des contrôles d'identité, de dispositifs exceptionnels tels que le plan gouvernemental Vigipirate ou la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 précitée, mise en œuvre à compter du 13 novembre 2015.

Le plan Vigipirate, en partie public mais comprenant des documents classifiés, définit, depuis 1978, et plus précisément depuis 1995, la répartition des responsabilités centrales et territoriales, ainsi que les principes pour conduire l'action de l'État dans la lutte contre le terrorisme. Ce plan repose sur le droit existant et l'application du dispositif ne saurait donc déroger aux dispositions en vigueur, notamment en matière de contrôle d'identité.

La jurisprudence a retenu, dès 1998, que la seule référence au plan Vigipirate n'était pas suffisante et qu'en se déterminant par cette seule référence et sans relever aucune des circonstances exigées par l'article 78-2 du code de procédure pénale pour procéder à un contrôle d'identité, un premier président, statuant sur la prolongation d'une mesure de rétention, avait violé les articles 66 de la Constitution, 78-2 et 136 du code de procédure pénale et 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 alors en vigueur (2e Civ., 18 mars 1998, pourvoi n° 97-50.017, *Bull.* 1998, II, n° 94).

La première chambre civile a confirmé récemment cette interprétation en jugeant qu'en l'absence de circonstances particulières constitutives d'un risque d'atteinte à l'ordre public, la référence abstraite au plan Vigipirate et à l'état d'urgence ne permettait pas, à elle seule, de justifier un contrôle d'identité dit « administratif », c'est-à-dire fondé sur l'article 78-2, alinéa 7, du code de procédure pénale, dans sa rédaction antérieure à celle issue de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 (1re Civ., 13 septembre 2017, pourvoi n° 16-22.967, publié au *Bulletin*; AJDA 2017 p. 1753).

Une telle jurisprudence ne s'oppose pas à ce qu'un contrôle soit justifié sur le fondement d'un risque d'atteinte à l'ordre public, mais à la condition que les pièces du dossier permettent d'établir en quoi consistait un tel risque. Il convient de préciser qu'à la date de cette décision, la loi sur l'état d'urgence ne prévoyait aucune disposition spécifique sur les contrôles d'identité.

Or, peu après, le Conseil constitutionnel a censuré des dispositions permettant de tels contrôles à la demande du préfet, en précisant : « S'il est loisible au législateur de prévoir que les opérations mises en œuvre dans ce cadre peuvent ne pas être liées au comportement de la personne, la pratique de ces opérations de manière généralisée et discrétionnaire serait incompatible avec la liberté d'aller et de venir et le droit au respect de la vie privée. Or, en prévoyant que ces opérations peuvent être autorisées en tout lieu dans les zones où s'applique l'état d'urgence, le législateur a permis leur

mise en œuvre sans que celles-ci soient nécessairement justifiées par des circonstances particulières établissant le risque d'atteinte à l'ordre public dans les lieux en cause. Dès lors, le législateur n'a pas assuré une conciliation équilibrée entre, d'une part, l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public, et, d'autre part, la liberté d'aller et de venir et le droit au respect de la vie privée. Par conséquent, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres griefs, les dispositions contestées doivent être déclarées contraires à la Constitution» (Cons. const., 1er décembre 2017, décision no 2017-677 QPC, Ligue des droits de l'homme [Contrôles d'identité, fouilles de bagages et visites de véhicules dans le cadre de l'état d'urgence]).

C. Les circulaires et instructions relatives au fonctionnement des organismes de sécurité sociale

La Cour de cassation fait pareillement obstacle à l'application des circulaires et instructions, lesquelles ne sauraient se substituer aux dispositions dûment et régulièrement édictées par les autorités investies du pouvoir normatif. Ainsi le juge du fond ne saurait-il se fonder sur les énonciations des circulaires administratives pour se prononcer sur le rétablissement dans ses droits au titre de l'assurance vieillesse du régime général de l'assuré antérieurement assujetti à un régime spécial sans pouvoir prétendre, en définitive, aux prestations de ce dernier (2e Civ., 16 septembre 2003, pourvoi no 02-30.658, *Bull.* 2003, II, no 270), ni rejeter la demande d'attribution d'une rente de conjoint survivant au motif qu'une circulaire de la Caisse nationale de l'assurance maladie des travailleurs salariés invitait les caisses à surseoir à statuer tant que les pouvoirs publics ne se seraient pas prononcés sur l'application dans le temps des dispositions nouvellement introduites par le législateur (2e Civ., 5 juin 2008, pourvoi no 07-16.175), ni conclure à l'assujettissement à cotisations d'une indemnité transactionnelle allouée à un salarié à l'occasion de la rupture de son contrat de travail en se fondant non sur les dispositions des articles L. 242-1 du code de la sécurité sociale et 80 *duodecies* du code général des impôts, mais sur les énonciations d'une circulaire dépourvue de toute portée (2e Civ., 7 mai 2015, pourvoi no 14-14.956, *Bull.* 2015, II, no 101 ; *RJS* 2015, no 516).

La Cour de cassation retient d'ailleurs une interprétation stricte des dispositions législatives qui ouvrent aux usagers la faculté d'invoquer *contra legem* le bénéfice de la doctrine administrative. Il en va ainsi des dispositions de l'article L. 243-6-2 du code de la sécurité sociale (2e Civ., 14 février 2013, pourvoi no 12-13.339, *Bull.* 2013, II, no 28 ; *JCP* éd. *S* 2013, 1141, rapp. X. Prétot ; 2e Civ., 12 mars 2015, no 14-10.744, *Bull.* 2015, II, no 53). *A fortiori* la responsabilité d'un organisme tel que l'URSSAF ne saurait être recherchée faute d'avoir procédé à la publication des directives, instructions et circulaires du ministère chargé de la sécurité sociale ou de l'Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS), la publication incombant, aux termes des articles 7 de la loi no 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal modifiée, et 29 et 32 du décret no 2005-1755 du 30 décembre 2005 relatif à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques, pris pour l'application de la loi no 78-753 du 17 juillet 1978, aux administrations centrales et établissements publics dont elles émanent (2e Civ., 31 mars 2016, pourvoi no 15-17.060, *Bull.* 2016, II, no 87 ; *Rev. dr. tr.*, 2016, act., p. 221, note C. Dechristé ; *RJS* 2016, no 447).

§ II. La prise en considération

La technique de la prise en considération s'illustre tout particulièrement en matière de concurrence, avec les lignes directrices de la Commission (A) et en matière sportive, avec les règles du jeu (B).

A. Les lignes directrices de la Commission de l'Union européenne en matière de concurrence

La Cour de cassation, confrontée à l'invocation des lignes directrices de la Commission en matière d'affectation du commerce entre États membres, par une décision du 20 janvier 2015, répond à la question de leur juridicité (Com., 20 janvier 2015, pourvoi nº 13-16.745, *Bull.* 2015, IV, nº 8) ; elle a mis en évidence la spécificité de la *soft law* sous l'angle de son objet (1) et proposé le concept de « tenir compte » pour l'inclure dans le champ de sa réflexion (2).

1. La caractérisation de la nécessité de prendre le texte en considération

La Cour de cassation approche d'abord le texte à partir de sa fonction spécifique : « l'arrêt retient […] que le critère d'affectation du commerce intracommunautaire, qui conditionne l'application de l'article 81 du Traité CE devenu 101 TFUE, a été explicité par les juridictions communautaires, que les lignes directrices ont notamment pour objet d'exposer les principes dégagés par ces juridictions et qu'elles présentent, pour la notion d'affectation du commerce, une méthodologie ».

Elle y voit ainsi d'abord une exposition, sous forme de synthèse, de codification, de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne rendue sur la notion d'affectation du commerce ; en effet si le terme « exposer » renvoie à une transmission, le terme « principe » révèle une valeur ajoutée du texte qui, à partir du foisonnement de la jurisprudence, recherche et met en évidence les principes qui l'irriguent. Le texte a ainsi une fonction pédagogique. Elle y voit par ailleurs une proposition de méthodologie. Il s'agit d'une valeur ajoutée différente fondée sur une proposition de la Commission elle-même. La méthode a trait au mode d'interprétation du texte.

La Cour de cassation met ainsi en évidence le caractère spécifique du texte qui ne se définit pas par sa normativité dont elle ne dit rien, mais par sa valeur ajoutée, soit l'exposition d'une synthèse ou la transmission d'une méthode. Il s'agit de textes qui, sans force contraignante pour leurs destinataires, aident à l'application d'une norme contraignante, par une meilleure compréhension de sa teneur ou par la proposition d'une méthode d'application.

L'arrêt du 20 janvier 2015 précité établit clairement l'absence de force contraignante du texte à l'égard des entreprises et, partant, à l'égard du juge qui n'a donc pas à l'intégrer dans la majeure de son raisonnement. Il précise en effet : « Mais attendu, en premier lieu, que, loin d'attribuer force contraignante à la communication de la Commission nº 2004C 101/07, *JOUE* du 27 avril 2004, intitulée "Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du Traité" (ci-après les lignes directrices), comme aux observations éventuellement présentées devant une juridiction nationale par la Commission européenne en application de l'article 15 du règlement nº 1/2003 ».

La Cour de cassation approuve la cour d'appel de n'avoir pas tenu la *soft law* pour un élément de la majeure dans le syllogisme juridique.

La jurisprudence antérieure montre cependant qu'à l'instar de la Cour de justice de l'Union européenne à l'égard de la *soft law* prise par la Commission, la Cour de cassation impose à l'auteur du texte de s'y conformer ; si ce texte ne contraint pas ses destinataires, il contraint les auteurs qui, *a priori*, doivent les suivre, sauf à motiver un éventuel écart. C'est ainsi que par un arrêt du 8 novembre 2017, la chambre commerciale a jugé : « en droit national, la sanction infligée par l'Autorité doit être prononcée conformément aux dispositions de l'article L. 464-2 du code de commerce, dans le respect du communiqué relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires qu'elle a publié le 16 mai 2011, qui s'impose à elle, sauf à ce qu'elle explique, dans la motivation de sa décision, les circonstances particulières ou les raisons d'intérêt général la conduisant à s'en écarter » (Com., 8 novembre 2017, pourvoi nº 16-17.226). Et la Cour de cassation, du point de vue du champ de son contrôle, a posé que, si le communiqué ne s'impose pas au juge, ce dernier doit contrôler que l'auteur l'a bien respecté ou qu'il a motivé un éventuel écart : « le communiqué du 16 mai 2011 publié par l'ADLC, relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires, constitue une directive au sens administratif du terme, qui lui est opposable, sauf à ce qu'elle explique, dans la motivation de sa décision, les circonstances particulières ou les raisons d'intérêt général la conduisant à s'en écarter dans un cas donné ; que si la cour d'appel doit vérifier que la sanction a été prononcée conformément aux règles définies par la loi, elle ne peut se dispenser, lorsqu'elle en est requise, de s'assurer préalablement que l'ADLC a respecté le communiqué de sanction qu'elle a publié et qui s'impose à elle » (Com., 18 octobre 2016, pourvoi nº 15-10.384, *Bull*. 2016, IV, nº 131). Ce faisant, elle ne fait pas davantage entrer dans la majeure du raisonnement le communiqué, mais simplement la règle selon laquelle l'auteur du texte de *soft law* est en principe tenu de s'y conformer.

Dans l'arrêt du 20 janvier 2015 précité, lorsque la Cour de cassation apprécie le lien entre la *soft law*, proposant une méthodologie, et le juge du fond, elle précise : « la méthodologie à laquelle s'est référée à juste titre la décision critiquée ». Chacun de ces termes est signifiant.

Ainsi, en premier lieu, dans la fonction de la *soft law* retenue, c'est de la proposition de « méthode » dont il est question, soit une aide au raisonnement pour passer de l'ensemble majeure/mineure à la déduction de la solution.

En deuxième lieu, par l'expression « à juste titre », la cour exprime son contrôle lourd sur l'appréhension par le juge de la méthode, soit la référence, et partant, limite substantiellement la marge du juge du fond qui ne pourrait ainsi affirmer une solution différente ou plus nuancée.

En troisième lieu, l'expression « s'est référée » est particulièrement intéressante, moins par ce qu'elle dit, que par ce qu'elle écarte : si, selon la Cour, la cour d'appel s'est référée, c'est qu'elle n'avait pas à « appliquer », mais ne pouvait ignorer.

L'arrêt précise par ailleurs l'acte de « se référer » en lui associant celui de « tenir compte » : « qu'il doit être également tenu compte des observations présentées par la Commission européenne en tant qu'*amicus curiae* à la Cour de cassation dans l'instance

ayant donné lieu à l'arrêt de la chambre commerciale, financière et économique de cette Cour le 31 janvier 2012 ».

Certes, elle évoque ici les observations de la Commission, et non la méthode, mais le terme « également » montre qu'elle vise une même étape du raisonnement, ici caractérisée par l'acte de « tenir compte de ».

Ces notions substantivées de « référence » et de « prise en compte » introduisent une possible gradation dans le rapport du juge au texte. Si le juge doit appliquer un texte de forte normativité, il n'est pas tenu d'appliquer un texte de *soft law* mais il ne peut l'ignorer et doit s'y référer, en tenir compte.

La différence est de taille car l'application oblige le juge à faire de la règle de droit la majeure de son raisonnement, tandis que la « référence » ou encore la « prise en compte » introduit une subtilité dont la présentation classique du syllogisme ne rend pas compte. Est-ce à dire que la référence ou la prise en compte relèvent de la mineure ? La réponse est sans doute plutôt négative car il s'agit d'une règle, fût-elle de normativité moindre, mais néanmoins d'une règle. La prise en compte ou la référence à cette règle intervient dans le raisonnement du juge pour déterminer s'il faut appliquer la majeure, mais dans un registre différent du registre des faits.

Ces normes particulières de *soft law*, dont la Cour de cassation a retenu qu'elles visaient à faciliter la compréhension ou l'application de la norme, modifient ainsi le raisonnement en l'enrichissant d'une étape.

Mais l'arrêt du 20 janvier 2015 précité conduit par ailleurs à retenir que cette étape de la référence ou de la prise en compte d'un élément dans le raisonnement n'est pas seulement induite par la *soft law*. La Cour de cassation retient en effet, dans ce même arrêt, d'autres éléments donnant lieu à une nécessaire référence ou prise en compte. Ainsi, par ce concept de « tenir compte », la Cour étend le champ des données, lesquelles ne sont pas seulement factuelles, de son raisonnement.

2. L'extension du champ des données dans le raisonnement judiciaire

Par l'arrêt du 20 janvier 2015 précité, la Cour assimile le régime, devant le juge, de la *soft law* à celui de l'avis de la Commission agissant en qualité *d'amicus curiae* ; elle ouvre ainsi sa réflexion à différents éléments, au-delà du couple fait/droit, susceptibles d'être « pris en compte » dans le raisonnement judiciaire.

En précisant qu'il doit être également tenu compte des observations présentées par la Commission européenne en tant qu'*amicus curiae* à la Cour de cassation dans une précédente instance ayant donné lieu à un arrêt, la chambre commerciale, associe dans un même *corpus* la communication et les observations présentées devant une juridiction nationale par la Commission en application de l'article 15 du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité ; l'avis, dont la Cour dit que la référence s'impose, a été donné par une entité, la Commission, en qualité d'expert juridique, et non en qualité d'organe rendant des décisions, sur un même objet juridique, le droit de l'Union européenne ; en outre, cet avis peut avoir trait à une procédure distincte. Il s'agit ainsi de la « prise en compte » de l'avis d'un expert juridique, et non de l'avis d'un expert sur des éléments factuels.

La réflexion du juge doit prendre en compte, dans la recherche de la solution, des éléments qu'il est difficile de caractériser comme relevant de la mineure ou de la majeure du raisonnement.

Mais au-delà de la *soft law* et de l'avis de la Commission agissant comme *amicus curiae*, la question peut se poser pour d'autres normes.

Le caractère synthétique des arrêts ne permet pas toujours la référence, dans la motivation, à des éléments pris en compte dans le raisonnement. Il semble pourtant que la Cour de cassation, sans toujours l'exprimer, prenne en compte, dans son raisonnement, des éléments de normativité juridique moindre, au-delà de la *soft law* et de l'avis d'un *amicus curiae*. Tel n'est évidemment pas le cas de l'expertise, relative aux faits qu'elle précise et entre bien dans la mineure du raisonnement, mais qu'en est-il de la doctrine ? De la loi étrangère ?

La doctrine, quand elle se fait comme la *soft law* synthèse de jurisprudence ou proposition de méthode, suit-elle, pour le juge, le même régime que la *soft law* ? Ce serait sans doute aller trop loin car non seulement la Cour de cassation n'a pas d'obligation de tenir compte de la doctrine mais, en outre, l'auteur de doctrine n'a pas le pouvoir d'une autorité dans un système de régulation et la règle qu'il propose ne s'impose pas à lui ; il n'en reste pas moins que les rapports, et peut-être un jour les arrêts, prennent très largement en compte les propositions de synthèse ou de méthode de la doctrine.

La question de la loi de police étrangère, que le juge, à la différence de la loi étrangère désignée par la règle de conflit de lois, n'a pas l'obligation d'appliquer mais qu'il peut appliquer, est sans doute, pour le juge, une règle de normativité moindre que la loi de police interne. S'il n'a pas, comme pour la loi de police interne, l'obligation de l'appliquer, il a certainement l'obligation d'en tenir compte. Cette règle ne relève pas de la majeure, mais il est difficile de l'intégrer à la mineure du fait de sa normativité, non pas tant en qualité de norme, fût-elle étrangère, mais en qualité de loi de police, au régime organisé par les règles de droit international privé de source européenne ou interne, lesquelles imposent leur prise en compte.

Qu'en est-il encore d'une norme étrangère sans normativité à l'égard du juge, dans l'hypothèse où elle n'est pas désignée par la règle de conflit de lois qu'il doit appliquer, mais dont le juge a connaissance, et qui propose, dans un autre État, une solution juridique différente ?

C'est toute la question du droit comparé qui certes, dans une conception classique, ne s'impose pas *a priori* au juge mais que ce dernier, sans en avoir l'obligation, peut prendre en compte ; il est intéressant de constater la multiplication des rapports ou des avis sur des pourvois faisant référence aux solutions de droit comparé, à la faveur de la création, au sein du Service de documentation, des études et du *Rapport* de la Cour de cassation, d'un bureau de droit comparé.

Il est par ailleurs des cas où la prise en compte du droit comparé, sans s'imposer en tant que telle, impose la réponse à la question de l'opportunité de saisir la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle. C'est ainsi que par un arrêt du 11 octobre 2017, la première chambre a, sur la base de la constatation de solutions différentes en France et au Portugal, justifié un renvoi à la Cour de justice de l'Union européenne dans les termes suivants :

« Attendu qu'en effet, par arrêt du 7 octobre 2015, rendu dans un litige relatif à une allégation d'abus de position dominante au regard du droit de l'Union, la Cour de cassation a jugé, au visa de l'article 23 du règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000, qu'une clause attributive de juridiction ne peut être prise en compte qu'à la condition qu'elle se réfère aux différends relatifs à la responsabilité encourue du fait d'une infraction au droit de la concurrence ;

Attendu, cependant, que, par un arrêt du 16 février 2016, postérieur à ceux de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour de cassation, la Cour suprême du Portugal (Supremo Tribunal de Justiça, Interlog et Taboada c. Apple) a jugé que la clause attributive de juridiction rédigée en termes généraux, s'applique aux parties, dans un litige relatif à une même allégation d'abus de position dominante au regard du droit de l'Union ;

Attendu que l'application du droit de l'Union européenne imposant son interprétation unifiée dans tous les États membres, il y a lieu de surseoir à statuer jusqu'à ce que la Cour de justice de l'Union européenne se soit prononcée » (1re Civ., 11 octobre 2017, pourvoi n° 16-25.259, publié au *Bulletin*).

Dans cette hypothèse, la prise en compte, et non l'application de la norme d'un État membre de l'Union européenne, a conduit la Cour à saisir la Cour de justice. C'est ainsi, qu'à partir de la qualité de norme, fût-elle étrangère, et la constatation d'un conflit de normes, la Cour a déduit la nécessité d'un renvoi préjudiciel.

La norme étrangère est-elle retenue dans la majeure ou la mineure du raisonnement ? Il est bien difficile de répondre fermement à cette question ; certes c'est la constatation d'un conflit de lois d'États membres de l'Union européenne qui a conduit à la déduction retenue, mais il s'agit déjà de la première étape du raisonnement à partir de la détermination de l'objet du litige. Peut-on toujours soutenir qu'il n'y a pas, dans ce cas, obligation de tenir compte du droit comparé ? Dans l'Union européenne, force est de constater que le droit des États peut, sans être appliqué, être pris en compte, y compris dans des situations sans élément d'extranéité. La première chambre civile de la Cour de cassation en a pris toute la mesure puisque l'arrêt, et plus seulement le rapport, fait référence au droit étranger.

Le syllogisme juridique, déjà perturbé par l'application, en droit international privé, des règles de conflits de lois, lesquelles peuvent conduire à l'application d'une loi étrangère, l'est encore par la prise en compte de données nouvelles pour lesquelles la distinction droit/fait n'est pas pertinente.

Par ces jurisprudences, la Cour participe à ébaucher des modes de raisonnement, rendus nécessaires par l'évolution des sources, dont la prolifération de la *soft law*, et par le continuel dialogue horizontal entre les systèmes juridiques dans l'Union européenne, dont la comparaison des droits. Cet enrichissement des éléments du débat judiciaire ne se révèle certes pas dans l'approche par le syllogisme. Il est pourtant certain que l'invention de la prise en compte d'une norme, qui étend le champ d'analyse de la Cour, fait d'elle à la fois l'architecte, qui dessine les espaces de sa réflexion, et le maçon, qui y construit, au cas par cas, les solutions.

B. Les règles du jeu et la responsabilité du sportif

Les victimes de violences sportives saisissant peu les juges répressifs – comme en atteste le nombre limité de décisions rendues sur ce point en matière pénale –, le droit civil a progressivement pris, en l'absence de dispositions sur le sujet dans le code du sport, une place prépondérante dans la mise en œuvre de la responsabilité du sportif.

La question centrale posée par cette problématique est celle de concilier la spécificité de l'activité sportive avec la protection des victimes. C'est l'intérêt des victimes qui a conduit la Cour de cassation à décider que les associations sportives étaient responsables des dommages causés par leurs membres parce qu'elles avaient précisément pour mission d'organiser, de diriger et de contrôler l'activité de ceux-ci (2e Civ., 22 mai 1995, pourvoi nº 92-21.197, *Bull.* 1995, II, nº 155). Elle a dégagé cette solution, par substitution de motifs, sur le fondement de l'article 1384, alinéa 1, du code civil, alors que la cour d'appel s'était basée sur l'article 1384, alinéa 5, de ce code, soit sur la responsabilité du club, pris en tant que commettant. Cette extension ne distingue pas entre les joueurs professionnels et les amateurs.

Par cette solution, la Cour de cassation a incité les associations, dont ce doit être le rôle, à éduquer sportivement leurs membres en les invitant à pratiquer leur discipline loyalement. Pour ne pas risquer de pénaliser la grande majorité d'entre elles, qui ont de modestes ressources et ne pourraient pas assumer un coût assurantiel élevé, la Cour de cassation a posé comme condition de mise en œuvre de leur responsabilité l'existence d'une faute qualifiée de leurs membres (par exemple, Ass. plén., 29 juin 2007, pourvoi nº 06-18.141, *Bull.* 2007, Ass. plén., nº 7 ; *Rapport* 2007, p. 348).

Le législateur n'a pas donné de définition de la faute délictuelle de l'article 1382, devenu 1240, du code civil. Bien que fortement imprégnée de considérations factuelles, floue et imprécise par nature, cette notion n'a pas échappé au contrôle de la Cour de cassation car elle requiert une opération de qualification. Cette opération complexe, qui mélange le fait et le droit, conditionne (hors le cas de celle des parents) la mise en œuvre de la responsabilité du fait personnel ou d'autrui.

Ce contrôle lui a permis de donner à la faute civile, par le biais de l'acceptation des risques, création prétorienne, une coloration particulière pour les participants à une compétition sportive.

Cette théorie prétorienne a trouvé son terrain d'élection dans le domaine du sport.

Instaurant une immunité relative, l'acceptation des risques peut être opposée au sportif victime d'un accident. En effet, celui-ci a nécessairement « accepté les risques normaux et prévisibles d'une compétition » (par exemple, 2e Civ., 8 mars 1995, pourvoi nº 91-14.895, préc.).

Pour qu'il y ait faute civile dans la pratique sportive, la simple faute dans le cours du jeu, inhérente à l'engagement du joueur, ne suffit donc pas. La faute civile est, entre participants à une compétition sportive, « caractérisée par une violation des règles du jeu » (par exemple, 2e Civ., 20 novembre 2003, pourvoi nº 02-13.653, *Bull.* 2003, II, nº 356, *Rapport* 2003, p 453), entendue au sens de comportement tout à fait excessif. Il s'agit d'une faute qualifiée. Une telle définition a été le moyen, pour la Cour de cassation, de sanctionner non pas la faute de jeu, mais la faute contre le jeu et d'imposer dans le sport la loyauté qui sied à son esprit ainsi que la protection de la sécurité et de

l'intégrité de chaque pratiquant. Elle a, par exemple, approuvé des juges du fond d'avoir retenu, à propos d'un accident survenu lors d'un match de rugby, que des joueurs avaient «violé la lettre et l'esprit du rugby» (2e Civ., 5 octobre 2006, pourvoi no 05-18.494, *Bull.* 2006, II, no 257).

L'application d'une telle définition implique, quand bien même un règlement sportif voudrait s'imposer au juge judiciaire, de dissocier la faute sportive de la faute civile. La Cour de cassation a posé la règle selon laquelle l'appréciation de l'arbitre chargé de veiller à l'application des règles du jeu n'avait pas pour effet de priver le juge civil de sa liberté de décider si le comportement du sportif constituait une faute civile (par exemple, 2e Civ., 10 juin 2004, pourvoi no 02-18.649, *Bull.* 2004, II no 296, à propos de la chute d'un joueur qui disputait un match de polo). De façon générale, la Cour de cassation marque l'autonomie de la responsabilité du sportif au regard des règles du jeu. Elle a ainsi, de façon originale, approuvé des juges du fond d'avoir retenu que, contrairement à la définition donnée par un règlement fédéral de la place du passager d'un *side-car*, décrit comme étant «un participant ayant un rôle actif», ce dernier n'en était pas le gardien (2e Civ., 14 avril 2016, pourvoi no 15-17.732, *Bull.* 2016, II, no 111).

Mais cette autonomie dans l'appréciation de la faute civile ou du fait de jeu du sportif ne conduit pas nécessairement à l'éviction de toute référence à la réglementation sportive. La Cour de cassation a admis qu'une cour d'appel avait pu déduire que le propriétaire et le skipper d'un voilier qui avait été l'instrument du dommage en avait été le seul gardien en s'appuyant, tout au contraire, sur «les usages et les règles applicables en matière de courses en mer» (2e Civ., 8 mars 1995, pourvoi no 91-14.895, *Bull.* 1995, II, no 83).

La responsabilité du sportif peut aussi être invoquée par un tiers à la compétition, et notamment par un parieur sportif, ce qui peut justifier, dans ce cas, une appréciation de la faute civile à l'aune de la violation de la règle du jeu. Ainsi, un jockey qui adopte un comportement antisportif en retenant son cheval à l'arrivée commet une faute de jeu sanctionnée par le code des courses et, faussant le résultat de la course, engage sa responsabilité civile à l'égard d'un parieur en lui faisant perdre une chance de gain (2e Civ., 4 mai 1972, pourvoi no 71-13.363, *Bull.* 1972, II, no 32).

Le contrôle exercé par la Cour de cassation en matière notamment de faute délictuelle est largement tributaire des constatations des juges du fond. La censure n'interviendra que lorsque le rapprochement des faits tenus pour constants par les juges du fond et de la qualification jurisprudentielle qui leur est donnée révèle une mauvaise compréhension de la notion légale à appliquer. En l'absence d'une telle méconnaissance de cette notion, se produira en principe un rejet du pourvoi avec l'emploi de l'expression «a pu» pour signifier que le contrôle est «léger» (par exemple, 2e Civ., 5 octobre 2006, pourvoi no 05-18.494, préc.).

Mais parfois, la Cour de cassation approuve les juges du fond, par un contrôle lourd, d'avoir «déduit à bon droit» que le sportif n'avait commis aucune faute caractérisée par une violation des règles du jeu pouvant engager sa responsabilité en raison de son fait personnel (par exemple, 2e Civ., 13 janvier 2005, pourvoi no 03-12.884, *Bull.* 2005, II, no 9).

La variation dans l'intensité du contrôle d'une même notion n'a pas nécessairement d'impact sur la portée normative de l'arrêt et peut s'expliquer par la plus ou moins grande richesse en constatations de fait des motivations attaquées.

La responsabilité du fait des choses de l'article 1384, alinéa 1, devenu 1242, alinéa 1, du code civil, offre, quant à elle, un visage contrasté en matière sportive compte tenu de l'extrême variété des sports.

Privilégiant la spécificité de la compétition motocycliste, la Cour de cassation a décidé que l'accident survenu entre des motocyclistes concurrents à l'entraînement évoluant sur un circuit fermé exclusivement dédié à l'activité sportive, qui ne sont donc pas tenus de respecter le code de la route, ne constitue pas un accident de la circulation au sens de l'article 1er de la loi no 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation (2e Civ., 4 janvier 2006, pourvoi no 04-14.841, *Bull.* 2006, II, no 1).

Mais soucieuse de protéger les victimes, la Cour de cassation a jugé que la victime d'un tel dommage causé par cette chose peut invoquer la responsabilité résultant de l'article 1384, alinéa 1, du code civil, à l'encontre du gardien de celle-ci, instrument du dommage, sans que puisse lui être opposée son acceptation des risques (2e Civ., 4 novembre 2010, pourvoi no 09-65.947, *Bull.* 2010, II, no 176, *Rapport* 2010, p. 394).

Cette solution aux conséquences financières importantes a été largement commentée au point de susciter une intervention législative destinée à la briser (incomplètement) par l'article L. 321-3-1 du code du sport (sur la question des jurisprudences combattues par la loi, *cf. supra* partie 1, titre 3, chapitre 1, section 1, § IV).

Ayant par ailleurs été créée pour protéger les tiers, la responsabilité du fait des choses a pu montrer ses limites conceptuelles car elle ne peut pas être invoquée entre les joueurs lorsqu'ils sont les gardiens d'une même chose. Cette situation s'est présentée dans des sports impliquant l'échange ou la circulation d'une balle (par exemple, pour l'admission de la garde commune d'une balle blessant un joueur de double dans un match de tennis : 2e Civ., 20 novembre 1968, pourvoi no 66-12.644, *Bull.* 1968, II no 277). La mise en œuvre de cette responsabilité supposant de déterminer le gardien, il s'est parfois avéré impossible de l'identifier compte tenu des règles du jeu (par exemple, dans le cas du football où il a été jugé qu'aucun joueur n'était gardien du ballon : 2e Civ., 13 janvier 2005, pourvoi no 03-12.884 préc.).

Mais il est arrivé à la Cour de cassation, dans le cas d'un type particulier d'activité sportive (renvoi d'une balle de tennis à l'aide d'une raquette dans un jeu inspiré du base-ball) d'écarter la théorie de la garde en commun. Elle a alors appliqué la théorie de la garde alternative en s'attachant à identifier lequel des participants était titulaire, au moment de l'accident, du pouvoir de garde prépondérant sur la raquette ayant donné à la balle dommageable sa trajectoire et sa vitesse (2e Civ., 28 mars 2002, pourvoi no 00-10.628, *Bull.* 2002, II, no 67).

Une telle solution a été dégagée, dans l'arrêt précité, par une cassation. Cela illustre l'idée que la Cour de cassation, nonobstant la nature profondément factuelle de certaines qualifications – en l'espèce celle de gardien d'une raquette –, refuse, lorsqu'elle estime son contrôle justifié, de se laisser enfermer dans les constatations de fait des juges du fond.

Dans sa démarche, le juge de cassation entre alors dans un processus d'investigation du fait et se trouve même contraint de plonger dans l'analyse des faits de l'espèce ce qui va très au-delà d'une recherche d'interprétation uniforme de la règle de droit (voir sur ce point : J.-L. Aubert « La distinction du fait et du droit dans le pourvoi en cassation en matière civile », *D.* 2005, p. 1115).

§ III. L'application

Son application consacre la pleine juridicité de la norme qui peut alors intégrer la majeure du syllogisme. La nomenclature Dintilhac (A), les conventions et accords collectifs (B), le règlement intérieur (C) et les instruments régissant le fonctionnement des organismes de sécurité sociale (D) serviront d'exemple.

A. La nomenclature Dintilhac

Le groupe de travail réuni auprès de la Cour de cassation, chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels, dite « commission Dintilhac », du nom du président de la deuxième chambre civile qui la présidait, a proposé, dans son rapport remis au garde des sceaux en octobre 2005, des définitions de postes de préjudice corporel pouvant être communément partagées par l'ensemble des juridictions et des acteurs de la réparation du préjudice : « la nomenclature Dintilhac ».

Bien que dépourvue de toute valeur juridique normative, cette nomenclature descriptive a été progressivement adoptée par les praticiens de la réparation du préjudice corporel : assureurs, experts, avocats. Son application a été recommandée aux juridictions par le ministère de la justice (circulaire n° 2007-05 du 22 février 2007, NOR : JUSC0720133C). Par un examen raisonné et méthodique poste par poste de la situation de chaque victime, elle assure en effet la rationalité et la cohérence de la réparation des préjudices corporels, permettant ainsi une meilleure indemnisation des victimes.

L'intérêt de cette nomenclature est devenu essentiel avec la réforme introduite par l'article 25 de la loi n° 2006-1640 du 21 décembre 2006 de financement de la sécurité sociale pour 2007, modifiant l'article 31 de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation, qui a profondément transformé le droit de la réparation du préjudice corporel. Cette réforme a notamment obligé les tiers payeurs à exercer leur recours poste par poste, supprimant la méthode de la « globalisation » du recours des tiers payeurs qui permettait à ces derniers d'imputer le montant de leurs prestations sur des indemnités allouées à la victime réparant des chefs de préjudice pour lesquels elles n'avaient pourtant pas reçu de prestations correspondantes.

En l'absence de texte définissant en droit commun la liste exhaustive des préjudices corporels réparables, le recours à la nomenclature « Dintilhac » s'est donc rapidement imposé. Pour savoir quelle prestation participe à l'indemnisation de quel chef de préjudice, il est en effet nécessaire d'établir une concordance entre les chefs de préjudice et les prestations versées par les tiers payeurs.

C'est la jurisprudence de la Cour de cassation qui a consacré en droit cette nomenclature et lui a donné une force contraignante, évitant que la définition de chaque chef de préjudice ne relève du pouvoir souverain des juges du fond.

Elle a procédé par le biais du contrôle de l'assiette du recours puis n'a pas hésité à instaurer un contrôle direct des postes de préjudice, reprenant à son compte les définitions de postes de préjudice de la nomenclature.

Traditionnellement, la Cour de cassation exerçait un contrôle limité en matière de préjudice, centré sur la motivation des décisions rendues par les juges du fond et sur la licéité du préjudice réparable. Elle abandonnait au pouvoir souverain des juges du fond le contrôle de l'existence du préjudice (voir Ass. plén., 26 mars 1999, pourvoi n° 95-20.640, *Bull.* 1999, Ass. plén., n° 3, qui, inversant le raisonnement, a déduit le pouvoir souverain sur ce point de celui de l'évaluation en retenant « qu'une cour d'appel apprécie souverainement le montant du préjudice dont elle justifie l'existence par l'évaluation qu'elle en fait, sans être tenue d'en préciser les divers éléments ») et elle admettait la possibilité pour les juges du fond de procéder à une évaluation globale du préjudice, sans détailler les sommes allouées (1re Civ., 16 juillet 1991, pourvoi n° 90-10.843, *Bull.* 1991, I, n° 249 ; 1re Civ., 9 mars 2004, pourvoi n° 01-16.200 ; 2e Civ, 20 novembre 1996, pourvoi n° 95-11.430).

Si, reprenant les règles propres aux recours exercés par les organismes sociaux (articles L. 376-1 et L. 454-2 du code de la sécurité sociale, l'article 31 de la loi du 5 juillet 1985, dans sa rédaction antérieure à la loi du 21 décembre 2006, imposait légalement de ventiler le préjudice entre les chefs soumis au recours des tiers payeurs et ceux regroupés sous la qualification générale de préjudice personnel, elle n'interdisait pas que des sommes globales soient allouées, d'une part, pour tous les dommages à caractère personnel et, d'autre part, pour tous les dommages correspondant à l'atteinte à l'intégrité physique de la victime.

Confrontée aux nouveaux textes et à l'application spontanée et quasi unanime par les juges du fond de la nomenclature Dintilhac, la Cour de cassation a fait évoluer sa jurisprudence et a accentué le contrôle de l'assiette du recours.

La définition des postes de préjudices détermine en effet l'assiette du recours poste par poste et, partant, le montant de l'indemnité résiduelle revenant à la victime. La Cour de cassation contrôlant si les prestations du tiers payeur indemnisent le poste de préjudice qui constitue l'assiette du recours, cette démarche l'a logiquement conduite à contrôler les chefs de préjudice sur lesquels l'imputation est effectuée. Il incombe ainsi aux juges du fond de se prononcer poste par poste sur l'ensemble des demandes dont ils sont saisis (2e Civ., 28 mai 2009, pourvoi n° 08-13.941).

Par exemple, alors que la catégorie des préjudices extrapatrimoniaux retenue par la nomenclature Dintilhac ne correspondait pas à la catégorie des préjudices personnels figurant dans l'article 31 de la loi du 5 juillet 1985, la Cour de cassation n'a pas hésité à remettre en cause le contenu donné à cette notion par l'arrêt d'assemblée plénière du 19 décembre 2003 (pourvoi n° 02-14.783, *Bull.* 2003, Ass. plén. n° 8) et a adopté la définition de la nomenclature Dintilhac pour intégrer les postes de déficit fonctionnel temporaire et permanent dans la catégorie des préjudices à caractère personnel, identifiés aux préjudices extrapatrimoniaux (2e Civ., 28 mai 2009, pourvoi n° 08-16.829, *Bull.* 2009, II, n° 131 ; *D.* 2009, 1606, obs. I. Gallmeister et *D.* 2010, p. 53, obs. O. Gout ; *RTD civ*. 2009, p. 534, obs. P. Jourdain).

Comme l'a observé un auteur : « Le contrôle de la norme d'ordre public a donc engendré mécaniquement un contrôle de la norme facultative » (H. Adida-Canac, « Le

contrôle de la nomenclature Dintilhac par la Cour de cassation », *D.* 2011 p. 1497). Mais, allant plus loin, en l'absence même du versement de toute prestation, *a fortiori* de tout recours subrogatoire, la Cour de cassation a consacré directement les définitions de postes de préjudice données par la nomenclature Dintilhac, qu'il s'agisse d'un préjudice patrimonial ou d'un préjudice extrapatrimonial (par exemple 2e Civ., 9 avril 2009, pourvoi no 08-15.977, *Bull.* 2009, II, no 98 concernant le préjudice scolaire, universitaire et de formation ; 2e Civ., 17 juin 2010, pourvoi no 09-15.842, *Bull.* 2010, II, no 115 et 2e Civ., 29 mars 2018, pourvoi no 17-14.499, publié au *Bulletin*, concernant le préjudice d'agrément ; 2e Civ., 17 juin 2010, pourvoi no 09-15.842, préc., concernant le préjudice sexuel ; 2e Civ., 21 novembre 2013, pourvoi no 12-28.168, *Bull.* 2013, II, no 223 concernant le préjudice d'accompagnement ; 2e Civ., 15 janvier 2015, pourvoi no 13-27.761, *Bull.* 2015, II, no 7 concernant le préjudice d'établissement). Elle a imposé les distinctions de la nomenclature Dintilhac entre le préjudice d'accompagnement de fin de vie et le préjudice d'affection (2e Civ., 7 avril 2011, pourvoi no 10-19.423), entre le préjudice de pertes de gains futurs et celui de l'incidence professionnelle (2e Civ., 3 juillet 2014, pourvoi no 13-20.240), entre le préjudice esthétique temporaire et le poste de préjudice du déficit fonctionnel temporaire (2e Civ., 4 février 2016, pourvoi no 10-23.378, *Bull.* 2016, II, no 41). Elle a refusé le préjudice sexuel temporaire (2e Civ., 11 décembre 2014, pourvoi no 13-28.774, *Bull.* 2014, II, no 247), le préjudice d'agrément temporaire (2e Civ., 11 décembre 2014, pourvoi no 13-28.774, préc.) et le préjudice d'angoisse de mort imminente (2e Civ., 2 février 2017, pourvoi no 16-11.411, *Bull.* 2017, II, no 30 ; 2e Civ., 14 septembre 2017, pourvoi no 16-22.013) qui ne figurent pas dans la nomenclature Dintilhac.

Ces arrêts qui se réclament de fondements différents – conséquence du contrôle du recours des tiers payeurs d'ordre public, respect du principe de la réparation intégrale ou du lien de causalité direct, contrôle de motivation ou de méthode – témoignent clairement de la position de la Cour de cassation de donner un plein effet à la nomenclature Dintilhac.

Dépourvue à l'origine de toute valeur normative, la nomenclature Dintilhac est donc consacrée, pour l'essentiel, par la jurisprudence de la Cour de cassation qui lui confère une force obligatoire.

B. Les conventions et accords collectifs

Les conventions et accords collectifs ayant pour objet de prévoir les normes applicables au sein d'une profession ou d'une entreprise, laquelle dispose parfois d'établissements multiples sur tout le territoire national, la chambre sociale s'assure de leur interprétation uniforme par les juges du fond en exerçant un contrôle « lourd » sur cette interprétation, qui peut la conduire à substituer son appréciation à celle des premiers juges.

La loi livre deux règles d'interprétation de ces textes. Ainsi, selon l'article L. 2251-1 du code du travail, « Une convention ou un accord peut comporter des stipulations plus favorables aux salariés que les dispositions légales en vigueur. Ils ne peuvent déroger aux dispositions qui revêtent un caractère d'ordre public. »

La jurisprudence donne de multiples exemples d'application de ces règles légales.

La chambre sociale a ainsi récemment jugé qu'un accord d'entreprise ne pouvait prévoir une assiette de calcul des heures supplémentaires majorées inférieure au salaire

de base réel des salariés, alors même que l'accord en cause, négocié en application de la loi nº 98-461 du 13 juin 1998 dite «Aubry 1», prévoyait la réduction du temps de travail des salariés sans perte de salaire et en l'occurrence l'augmentation du taux horaire pour toutes les heures accomplies dans la limite de la durée légale de travail (Soc., 11 mai 2017, pourvoi nº 16-12.482, publié au *Bulletin*).

La jurisprudence a dégagé un autre principe essentiel en la matière, celui de l'interprétation littérale, afin de limiter la portée normative des conventions et accords collectifs à ce qui y est écrit et en excluant toute recherche de ce que leurs auteurs ont pu vouloir. Très récemment, la chambre sociale a rappelé cette règle en se prononçant sur un accord de fin de grève, lequel comportait, en contrepartie de l'instauration d'un service minimum en cas de grève, des dispositions prévoyant l'augmentation des salaires par augmentation de la valeur du point selon différents paliers : «un protocole de fin de conflit constitue un accord collectif dès lors qu'il est signé par un syndicat représentatif dans l'entreprise, après négociation avec les délégués syndicaux» (Soc., 8 avril 2009, pourvoi nº08-41.045, *Bull.* 2009, V nº 102; voir également Soc., 15 janvier 1997, pourvoi nº 94-44.914, *Bull.* 1997, V, nº 20).

Les juges du fond avaient considéré que cet accord ne concernait pas seulement la rémunération mensuelle des salariés, mais qu'il déterminait «une valeur de point conventionnel applicable pour tout type de rémunération ou complément de salaire faisant référence à une valeur de point conventionnelle sans distinction». Au cas particulier, la cour d'appel s'était fondée sur le fait que, à l'évidence selon elle, le syndicat signataire ne pouvait avoir voulu un résultat aboutissant, concrètement, à ne faire bénéficier de l'augmentation prévue par l'accord de fin de grève que les salariés bénéficiant d'un coefficient supérieur à 204 et d'en priver un tiers des salariés, ceux percevant les salaires les plus bas.

Cette interprétation, très éloignée du texte, clair, de l'accord collectif, et fondée sur l'intention d'une partie signataire, a été censurée (Soc., 14 février 2018, pourvoi nº 16-23.528). En effet, «le texte prime l'intention. […] Les partenaires sociaux ne sont pas des contractants ordinaires auxquels on pourrait prêter par conjecture des intentions différentes de ce qu'ils ont écrit. Et si le texte n'est pas clair, la recherche de la commune intention est assez vaine car, comme on l'a déjà indiqué, la convention collective s'éloigne du contrat classique en ce que, bien plus que dans un contrat ordinaire, les partenaires sociaux (les «contractants» conventionnels) ont des intérêts opposés, contradictoires de sorte que si le texte n'est pas clair, c'est qu'on n'a pu véritablement se mettre d'accord sur quelque chose de clair et précis. La démarche du juge, en tout cas sa première démarche et souvent elle suffit, c'est donc de s'en tenir au texte, à sa lettre et d'en rester là, dès l'instant que le texte exprime quelque chose (de déchiffrable), d'écarter par conséquent, comme non conforme au texte, une intention autre que celle qui y est exprimée, même dotée d'une plus grande vraisemblance par rapport à ce qui a pu être voulu.» (J.-Y. Frouin, «L'interprétation des conventions et accords collectifs de travail», *RJS* 1996 p. 138).

C. Le règlement intérieur

Aux termes de l'article L. 1321-1 du code du travail, le règlement intérieur est un document écrit par lequel l'employeur fixe exclusivement, outre les mesures d'application de la réglementation en matière de santé et de sécurité dans l'entreprise, les règles

générales et permanentes relatives à la discipline, notamment la nature et l'échelle des sanctions qu'il peut prendre.

La chambre sociale s'est, dès les années 1990, prononcée sur la nature du règlement intérieur en énonçant qu'il s'agit d'un acte réglementaire dont les dispositions s'imposent à tous les membres du personnel comme au chef d'entreprise (Soc., 25 septembre 1991, pourvoi nº 87-42.396, *Bull.* 1991, V, nº 381), tout en conservant sa nature d'acte juridique de droit privé (Soc., 16 décembre 1992, pourvoi nº 90-14.337, *Bull.* 1992, V, nº 602), de sorte que le juge de l'ordre judiciaire peut être saisi à titre principal d'une demande tendant à l'annulation de ses clauses qui ne seraient pas valides.

La chambre sociale a également jugé qu'aucune autre matière que celles limitativement énumérées par l'article L. 1321-1 (anciennement L. 122-34) ne peut faire l'objet d'une clause dans le règlement intérieur (Soc., 12 décembre 1990, pourvoi nº 87-45.799, *Bull.* 1990, V, nº 670). Le Conseil d'État juge, de la même manière, que les dispositions qui, ne concernant ni la discipline, ni l'hygiène, ni la sécurité, sont étrangères au champ d'application du règlement intérieur (CE, 8 juillet 1988, nº 7184). Les deux hautes juridictions n'ont ensuite eu de cesse de circonscrire la portée normative du règlement intérieur.

Ce principe a connu une exception récente et notable. En effet, devançant l'entrée en vigueur de l'article L. 1321-2-1 issu de la loi nº 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, qui prévoit que « le règlement intérieur peut contenir des dispositions inscrivant le principe de neutralité et restreignant la manifestation des convictions des salariés si ces restrictions sont justifiées par l'exercice d'autres libertés et droits fondamentaux ou par les nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise et si elles sont proportionnées au but recherché », et transformant la faculté ouverte par ce texte en obligation, la chambre sociale de la Cour de cassation a jugé que seul le règlement intérieur pouvait comporter une clause de neutralité interdisant le port de tout signe politique, philosophique ou religieux sur le lieu de travail, à l'exclusion de toute consigne verbale et de tout autre acte écrit tels une charte ou un accord d'entreprise (Soc., 22 novembre 2017, pourvoi nº 13-19.855, publié au *Bulletin*).

Cette décision a été rendue, on s'en souvient, dans un domaine sensible, puisqu'elle était relative au licenciement d'une salariée qui avait refusé de retirer son voile islamique lorsqu'elle se rendait chez des clients alors que l'employeur, afin de tenir compte de la diversité de ses clients et de leurs convictions, entendait imposer à ses salariés une « obligation de discrétion » lorsqu'ils se trouvaient au contact de la clientèle.

D. Les instruments régissant le fonctionnement des organismes de sécurité sociale

Matière réputée technique, la sécurité sociale ressortit pour l'essentiel au contentieux de la compétence des juridictions civiles (d'indication expresse du législateur, la loi nº 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle venant confirmer sur ce point la loi nº 46-2339 du 24 octobre 1946 portant réorganisation des contentieux de la sécurité sociale et de la mutualité sociale agricole).

Née de l'examen des pourvois se rapportant à l'assujettissement aux régimes, à l'attribution et au service des prestations, à l'assiette et au paiement des cotisations et

contributions, la jurisprudence de la Cour de cassation s'est efforcée de doter la matière de principes directeurs propres à lui conférer une unité et une cohérence d'ensemble conformes au principe de la solidarité nationale dont la sécurité sociale est l'expression au regard des exigences du onzième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. L'observation vaut, tout particulièrement, en ce qui concerne les sources du droit de la sécurité sociale.

La jurisprudence s'est appliquée ainsi à déterminer au sein de la masse des instruments qui régissent, dans les faits, le fonctionnement des organismes de sécurité sociale et de mutualité sociale agricole et leurs rapports avec leurs usagers, ceux d'entre eux qui revêtent le caractère de *règles de droit*.

Les modalités de la prise en charge des soins par les organismes d'assurance maladie et les relations entre ces derniers et les professions et établissements de santé illustrent sur ce point la démarche suivie par la jurisprudence. La Cour de cassation reconnaît le caractère normatif de l'ensemble des mesures prises en la matière en application des dispositions du code de la sécurité sociale.

1. Les mesures réglementaires

Il en va ainsi, naturellement, pour les mesures réglementaires prises, selon le cas, par l'autorité ministérielle, l'Union nationale des caisses d'assurance maladie (UNCAM) ou encore la Haute Autorité de santé : succédant à l'ancienne nomenclature générale des actes professionnels (NGAP) fixée par voie d'arrêté interministériel, la classification commune des actes médicaux (CCAM), qui procède des décisions prises par l'UNCAM au nom et par délégation de l'État, revêt un caractère réglementaire, de sorte qu'il appartient aux juges du fond d'en faire application sauf à encourir la cassation sur le terrain de la violation de la loi (2e Civ., 3 juillet 2008, pourvoi nº 07-12.944, *Bull.* 2008, II, nº 170 ; 2e Civ., 10 novembre 2011, pourvoi nº 10-20.516, *Bull.* 2011, II, nº 209 ; 2e Civ., 20 juin 2013, pourvoi nº 12-17.830, *Bull.* 2013, II, nº 135).

Il en va de même de la tarification à l'activité (T2A) pour la prise en charge des soins délivrés au sein des établissements de santé (2e Civ., 6 mai 2010, pourvoi nº 09-14.544, *Bull.* 2010, II, nº 92 ; 2e Civ., 17 février 2011, pourvoi nº 10-16.179, *Bull.* 2011, II, nº 51 ; 2e Civ., 17 septembre 2015, pourvoi nº 14-22.084, *Bull.* 2015, II, nº 206, *JCP éd. S* 2015, 1391, note T. Tauran), ou de la liste des produits et prestations remboursables (LPPR), qui s'est substituée à l'ancien tarif interministériel des prestations sanitaires (TIPS) (2e Civ., 10 novembre 2011, pourvoi nº 10-26.924 ; 2e Civ., 3 avril 2014, pourvoi nº 13-11.596, *Bull.* 2014, II, nº 92 ; 2e Civ., 19 juin 2014, pourvoi nº 13-18.999, *Bull.* 2014, II, nº 142).

Encore convient-il que le juge du fond ait fondé sa décision sur les règles tarifaires elles-mêmes : il ne saurait ainsi conclure à la nullité de l'indu réclamé à un établissement de santé à la suite d'un contrôle de son activité en raison de la méconnaissance des énonciations du guide de contrôle externe régional, lequel est dépourvu, quant à lui, de tout caractère réglementaire (2e Civ., 3 avril 2014, pourvoi nº 13-16.228, *Bull.* 2014, II, nº 90), ni reconnaître à un médecin de ville le bénéfice des indemnités kilométriques en retenant de l'agglomération la définition proposée par le dictionnaire, alors que les textes applicables renvoient sur ce point à la nomenclature des agglomérations fixée par l'INSEE (2e Civ., 14 janvier 2010, pourvoi nº 08-17.582, *Bull.* 2010, II, nº 10).

2. Les conventions conclues entre les organismes d'assurance maladie et les organisations représentatives des professions et établissements de santé

La mise en œuvre des conventions conclues entre les organismes d'assurance maladie et les organisations représentatives des professions et établissements de santé a conduit, de même, la Cour de cassation à s'interroger sur la portée des conventions et accords et, le cas échéant, des mesures qui s'y substituent.

Reprenant la solution retenue quant à la portée des conventions et accords collectifs de travail (*cf. supra* § B), la Cour de cassation a reconnu aux conventions ainsi qu'à leurs annexes et avenants dûment approuvés par la puissance publique des *effets* réglementaires (Soc., 23 janvier 1992, pourvoi n° 87-12.954, *Bull.* 1992, V, n° 43 ; *D.* 1993, Somm., p. 268, obs. X. Prétot ; Soc., 25 novembre 1993, pourvoi n° 91-14.435, *Bull.* 1993, V, n° 290 ; *Dalloz*, 1995, Somm., p. 30, obs. X. Prétot) ; le Conseil constitutionnel ayant, plus radicalement, conféré aux conventions nationales de l'assurance maladie le caractère d'*actes réglementaires*, se substituant en définitive au pouvoir réglementaire de droit commun pour la mise en œuvre des principes fondamentaux de la sécurité sociale édictés par la loi (Cons. const., 22 janvier 1990, décision n° 89-269 DC, Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé, cons. n° 23 ; *Dr. soc.* 1990, p. 352, note X. Prétot ; *RFDA* 1990, p. 406, note B. Genevois), la Cour de cassation reconnaît désormais à la convention, à ses annexes et à ses avenants le caractère d'actes réglementaires (2e Civ., 19 janvier 2006, pourvoi n° 04-30.472, *Bull.* 2006, II, n° 24 ; 2e Civ., 12 mai 2011, pourvoi n° 10-18.797, *Bull.* 2011, II, n° 111 ; *Dr. soc.*, 2011, p. 829, rapp. X. Prétot). Il s'ensuit en particulier que le non-respect par un praticien des obligations que la convention met à sa charge, ne relève pas des dispositions relatives à l'inexécution des contrats civils, mais des seules sanctions prévues par la convention (2e Civ., 19 janvier 2006, pourvoi n° 04-30.472, préc.) ; de même est-ce au regard des seules clauses de la convention nationale des médecins que la distinction, pour la tarification des consultations et des visites des médecins d'exercice libéral, doit être opérée entre les médecins généralistes et les médecins spécialistes (2e Civ., 8 avril 2010, pourvoi n° 09-13.772, *Bull.* 2010, II, n° 80 ; *Dr. soc.*, 2010, p. 676, rapp. X. Prétot ; *RJS* 6/10, n° 481).

La qualification d'acte réglementaire s'applique, naturellement, tant au règlement conventionnel minimal (Soc., 11 mai 2001, pourvoi n° 99-18.939 ; 2e Civ., 14 juin 2005, pourvois n° 04-30.540 et 04-30.623, *Bull.* 2005, II, n° 153 ; 2e Civ., 4 avril 2013, pourvoi n° 12-15.297, *Bull.* 2013, II, n° 73) qu'au règlement arbitral (2e Civ., 12 octobre 2017, pourvoi n° 16-16.975), qui s'appliquent aux relations entre l'assurance maladie et les professionnels de santé en l'absence de convention.

On ajoutera enfin que la jurisprudence administrative s'accorde aux qualifications retenues par la jurisprudence de la Cour de cassation, notamment dans le contentieux de l'annulation des mesures d'approbation des conventions nationales de l'assurance maladie.

Chapitre 2. La résolution des conflits de normes

L’identification de la norme applicable soulève encore des difficultés lorsque plusieurs normes ont théoriquement vocation à s’appliquer au litige. Ces conflits de normes s’élèvent quant à leur application dans l’espace (section 1), dans le temps (section 2) et quant à leur domaine matériel respectif (section 3). Les conflits de normes constitutionnelles et internationales feront l’objet de développements spécifiques (section 4).

Section 1. La résolution des conflits de normes dans l’espace : l’exemple de l’absence d’application de la loi métropolitaine à la caisse de sécurité sociale de Nouvelle-Calédonie

Les lois de la République ne s’appliquent pas nécessairement sur tout le territoire français. Pour des raisons en lien avec leur histoire et au regard de leur statut d’autonomie, certains territoires d’outre-mer sont soumis au principe de spécialité législative. C’est notamment le cas de la Nouvelle-Calédonie.

En illustration, dans un arrêt du 17 décembre 2015, la Cour de cassation a été conduite à faire une application distributive de la loi. En l’espèce, la question posée par le pourvoi était de déterminer s’il pouvait être exigé que, dans les mises en demeure et les contraintes émises en matière de redressement de cotisations sociales par la caisse de compensation des prestations familiales, des accidents du travail et de prévoyance des travailleurs de la Nouvelle-Calédonie (CAFAT), figurent d’une part, en caractères lisibles, outre la signature, le nom et le prénom de l’auteur de la décision, d’autre part, la mention de la possibilité pour le cotisant de se faire assister par le conseil de son choix, telles qu’exigées par les articles 4, alinéa 1, et 24 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (aujourd’hui codifiés dans le code des relations entre le public et l’administration). La Cour de cassation a répondu par la négative (2e Civ., 17 décembre 2005, pourvoi n° 14-25.905, *Bull.* 2015, II, n° 278).

Créée le 26 décembre 1958, la CAFAT est un organisme de droit privé chargé d’une mission de service public, en l’occurrence celle d’assurer la gestion de la protection sociale en Nouvelle-Calédonie, selon le cadre défini par la loi du 1er avril 1898 sur les sociétés de secours mutuels et par la loi du pays modifiée n° 2001-016 du 11 janvier 2002 et la délibération n° 280 du 19 décembre 2001 relatives à la sécurité sociale en Nouvelle-Calédonie.

Après avoir constaté que l’article 41, I, de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 précitée prévoyait explicitement l’application à la Nouvelle-Calédonie de ses articles 4 et 24 « aux administrations de l’État et à leurs établissements publics », et que la CAFAT ne relevait d’aucune de ces catégories, la Cour de cassation a donc écarté, comme étant inopérant, le moyen tiré de la violation de ces textes.

Cette solution se justifie également pleinement au regard de l’article 6-2 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 modifiée relative à la Nouvelle-Calédonie, qui énonce que sont applicables de plein droit en Nouvelle-Calédonie, sans préjudice des dispositions les adaptant à son organisation particulière, les dispositions législatives et réglementaires relatives, notamment, « 7° Aux droits des citoyens dans leurs relations

avec les administrations de l'État et de ses établissements publics ou avec celles des communes et de leurs établissements publics». Or, en sa qualité d'organisme privé chargé d'une mission de service public, la CAFAT ne relève d'aucune de ces catégories.

Section 2. La résolution des conflits de normes dans le temps : dispositions transitoires et effet légal du contrat en matière de baux

L'application dans le temps de la loi nouvelle suscite des difficultés, y compris en présence de dispositions transitoires. La Cour de cassation a développé la théorie de l'effet légal du contrat faisant une application immédiate de la loi nouvelle aux situations juridiques ayant pris naissance avant son entrée en vigueur et non définitivement réalisées, dans le respect des droits acquis antérieurement. Le délai de suspension des effets de la clause résolutoire (§ I) et la réduction du délai de prescription des actions dérivant du bail serviront d'illustration (§ II).

§ I. Le délai de suspension des effets de la clause résolutoire

Dans un avis du 16 février 2015, la Cour de cassation a complété une lacune relative aux dispositions transitoires de la loi nº 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, dite loi «ALUR» (Avis de la Cour de cassation, 16 février 2015, nº 14-70.011, *Bull.* 2015, Avis, nº 2).

L'article 27 de cette loi a modifié l'article 24 de la loi nº 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi nº 86-1290 du 23 décembre 1986 en portant à trois ans le délai de suspension des effets de la clause résolutoire dans un but de prévention des expulsions locatives.

Une demande d'avis avait été transmise par un tribunal d'instance afin de déterminer si ce texte était immédiatement applicable aux contrats en cours.

La loi ALUR comportait des dispositions dont l'entrée en vigueur était expressément différée ou subordonnée à la publication d'un décret d'application (notamment celles relatives à l'encadrement des loyers ou à la garantie universelle des loyers), d'autres qui étaient déclarées immédiatement applicables, d'autres enfin pour lesquelles la loi demeurait silencieuse. Les dispositions transitoires de cette loi ont leur siège dans son article 14 prévoyant que les contrats de location en cours à la date de son entrée en vigueur demeurent soumis aux dispositions qui leur étaient applicables, à l'exception d'une liste d'articles immédiatement applicables, notamment l'article 7 (obligations du locataire), l'article 11-1 (congé pour vente par lots de plus de cinq logements), l'article 17-1 (nouvelles modalités de révision du loyer), l'article 20-1 (non-conformité du logement aux normes de décence), l'article 21 (délivrance des quittances) et l'article 23 (nouvelles modalités de régularisation des charges). L'article 24 ne figure pas dans cette liste.

Les travaux parlementaires ne fournissaient pas la réponse à la question posée, car l'allongement du délai de suspension des effets de la clause résolutoire n'était pas prévu dans le projet de loi initial. Il avait été introduit par deux amendements parlementaires sans donner lieu à un débat sur son application aux baux en cours.

Par ailleurs, la doctrine était divisée, certains auteurs optant pour l'application stricte de l'article 14 et écartant en conséquence l'application immédiate de ce texte aux baux en cours, d'autres se fondant sur le caractère d'ordre public de la loi du 6 juillet 1989 précitée et sur l'intention du législateur pour proposer la solution inverse (en faveur de l'application immédiate, P. Bouaziz et B. Filippi, *Gaz. Pal.* 2014, n° 170, p. 5 ; L. Lauvergnat, *Gaz. Pal.* 2014, n° 191, p. 5 ; en faveur de l'application différée, B. Vial-Pedroletti, *Loyers et copr.*, 2014, *Étude* 9 ; N. Damas, *AJDI* 2014, p. 334).

La thèse de la non-application de cette modification aux baux en cours reposait sur une lecture stricte de la loi. Si le législateur a énuméré limitativement les dispositions applicables aux baux en cours, c'est qu'il a estimé que les autres modifications de la loi du 6 juillet 1989 précitée, parmi lesquelles celles relatives à la clause résolutoire, ne s'imposaient pas immédiatement. Ce raisonnement invitait donc à une lecture à la fois littérale et *a contrario* de l'article 14 de cette loi.

La principale difficulté engendrée par cette lecture résidait dans la nécessaire coexistence, pendant une période assez longue, de deux régimes de baux d'habitation distincts, tant que les contrats en cours ne seraient pas reconduits (soit pendant trois ou six ans au maximum), entraînant une différence de traitement entre les locataires, selon la date de signature de leur bail.

La thèse de l'application immédiate se fondait sur le caractère d'ordre public du statut des baux d'habitation résultant de l'article 2 de la loi du 6 juillet 1989 précitée. Les modifications apportées par la loi nouvelle, s'incorporant à ce statut, devaient donc recevoir application dès l'entrée en vigueur de la loi, sous la seule réserve du respect des situations définitivement acquises avant cette date.

Toutefois, ce critère n'était pas totalement déterminant. D'abord, parce que le caractère d'ordre public d'une loi ne suffit pas pour justifier son application immédiate aux contrats en cours. Il ne permet pas toujours d'écarter la survie de la loi ancienne et n'implique pas nécessairement l'application immédiate de la loi nouvelle (en faveur de la survie de la loi ancienne : voir Com., 11 octobre 1988, pourvoi n° 87-11.884, *Bull.* 1988, IV, n° 274 ; 3e Civ., 25 novembre 1992, pourvoi n° 90-21.282, *Bull.* 1992, III, n° 305 ; 1re Civ., 17 mars 1998, pourvoi n° 96-12.183, *Bull.* 1998, I, n° 115 ; en faveur de l'application immédiate de la loi nouvelle : 3e Civ., 17 mars 1971, pourvoi n° 69-14.483, *Bull.* 1971, III, n° 192 ; Com., 3 mars 2009, pourvoi n° 07-16.527, *Bull.* 2009, IV, n° 31). Il en résultait en conséquence une certaine incertitude sur la force et la portée de ce critère.

Par ailleurs, l'ensemble de la loi du 6 juillet 1989 précité étant d'ordre public, il n'était pas possible de déterminer pourquoi le législateur avait pris le soin de déclarer seulement certaines modifications immédiatement applicables.

Pour résoudre la difficulté, il est apparu préférable de faire appel à la théorie de l'effet légal du contrat.

En principe, les contrats conclus antérieurement à une loi nouvelle demeurent régis par les dispositions sous l'empire desquelles ils ont été souscrits, les parties ayant un droit acquis à la poursuite de leur accord selon les dispositions en vigueur lors de sa signature (par exemple, 1re Civ., 4 mai 1982, pourvoi n° 81-11.539, *Bull.* 1982, I, n° 156). Toutefois, lorsque les effets du contrat résultent de la loi et non de la volonté des parties, la jurisprudence tranche en faveur de l'application immédiate de la loi nouvelle. Il est alors retenu, selon une formule souvent reproduite, que « la loi nouvelle

régit immédiatement les situations juridiques non définitivement réalisées » lors de son entrée en vigueur.

On trouve de nombreuses illustrations de ce principe en matière de baux, notamment pour le calcul du loyer du bail renouvelé ou pour la délivrance du congé (voir par exemple, 3e Civ., 23 avril 1986, pourvoi nº 84-16.430, *Bull.* 1986, III, nº 48 ; 3e Civ., 8 février 1989, pourvoi nº 87-18.046, *Bull.* 1989, III, nº 33 ; 3e Civ., 15 mars 1989, pourvoi nº 87-19.942, *Bull.* 1989, III, nº 65 ; 3e Civ., 15 avril 1992, pourvoi nº 90-10.717, *Bull.* 1992, III, nº 130 ; 3e Civ., 3 avril 1997, pourvoi nº 95-15.623, *Bull.* 1997, III, nº 81 ; 3e Civ., 18 février 2009, pourvoi nº 08-13.143, *Bull.* 2009, III, nº 40 ; 3e Civ., 3 juillet 2013, pourvoi nº 12-21.541, *Bull.* 2013, III, nº 89). Mais on en trouve également, dans des hypothèses variées, dans la jurisprudence de toutes les chambres civiles (voir par exemple, Ch. mixte, 13 mars 1981, pourvoi nº 80-12.125, *Bull.* 1981, Ch. mixte, nº 3 ; 1re Civ., 29 février 2000, pourvoi nº 97-19.680, *Bull.* 2000, I, nº 62 ; 1re Civ., 13 mai 2003, pourvoi nº 00-12.215, *Bull.* 2003, I, nº 116 ; Com., 8 juin 1993, pourvoi nº 91-14.674, *Bull.* 1993, IV, nº 226).

En application de ce principe, dès lors que les effets d'une clause résolutoire ne sont pas acquis lors de l'entrée en vigueur de la loi, rien ne s'oppose à ce qu'ils soient régis par la loi nouvelle.

S'inscrivant dans la continuité de cette jurisprudence, la formation pour avis de la Cour de cassation a retenu que la faculté offerte au juge d'accorder un délai de paiement de trois ans au locataire sous l'effet d'une clause résolutoire ne s'analysait pas comme une disposition soumise à la liberté contractuelle des parties mais comme un effet légal du bail qui devait s'appliquer immédiatement.

À cet argument fondé sur un courant jurisprudentiel solide, il était possible d'en ajouter un autre fondé sur l'intention du législateur.

L'article 24 modifié prenait place dans une partie de la loi destinée à « améliorer la prévention des expulsions » et à « traiter les impayés le plus en amont possible ». Il faisait partie d'un ensemble de mesures s'inscrivant dans une certaine urgence sociale liée à la crise du logement. Dans ces conditions, l'intention du législateur n'était certainement pas de différer jusqu'à l'expiration des baux en cours les mesures urgentes qu'il adoptait en vue de prévenir les expulsions locatives.

La solution retenue s'inscrit également dans une évolution contemporaine qui s'exprime en doctrine comme en jurisprudence et qui, dans le règlement des conflits de lois dans le temps, tend à réduire le champ de la survie de la loi ancienne au profit d'une application immédiate plus fréquente de la loi nouvelle aux contrats en cours. Le contrat est de moins en moins un acte de prévision et de plus en plus un acte d'adhésion et certains auteurs soutiennent même qu'en matière contractuelle le principe devrait être l'application immédiate de la loi nouvelle et l'exception la survie de la loi ancienne (voir à ce sujet F. Dekeuwer-Defossez, « Les dispositions transitoires dans la législation civile contemporaine », *LGDJ* 1977 [p. 22 à 30] ; L. Bach, « Conflits de lois dans le temps », *Répertoire de droit civil Dalloz* ; S. Gaudemet, « Application de la loi dans le temps », Jcl (Civil) fasc. 10, 20 et 30).

S'inscrivant dans ce courant, la Cour de cassation a retenu que l'application immédiate du délai de trois ans aux baux en cours ne portait pas une atteinte disproportionnée

aux prévisions des parties lors de la signature du contrat et était conforme à l'objectif de la loi nouvelle.

Cette lecture a été validée par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques qui, en son article 82, a déclaré l'article 24 de la loi du 6 juillet 1989, modifié par la loi ALUR précitée, applicable aux baux en cours.

§ II. La réduction des délais de prescription des actions dérivant du bail, le congé pour vente et pour reprise et la majoration de l'indemnité pour restitution tardive du dépôt de garantie

D'autres articles modifiant la loi du 6 juillet 1989 n'étaient pas davantage visés par l'article 14 de la loi du 24 mars 2014 précitée. Ainsi, notamment, l'article 7-1 concernant la réduction des délais de prescription des actions dérivant du bail, l'article 15 relatif au congé pour vente et pour reprise, l'article 22 relatif à la majoration de l'indemnité pour restitution tardive du dépôt de garantie.

La troisième chambre civile de la Cour de cassation a suivi la solution retenue par l'avis n° 14-70.011 du 16 février 2015 précité pour préciser l'application dans le temps de ces nouvelles dispositions. Ainsi, par un arrêt du 12 mai 2016, elle a décidé que le délai de prescription d'un an applicable à l'action en révision du loyer par le bailleur, prévu par l'article 7-1 de la loi du 6 juillet 1989 précité, avait couru, pour les indexations ayant pris effet antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 24 mars 2014 précitée, à compter du jour de l'entrée en vigueur de cette loi (3e Civ., 12 mai 2016, pourvoi n° 15-16.285, *Bull.* 2016, III, n° 61). Selon ce texte, introduit dans la loi du 6 juillet 1989 par la loi ALUR, toutes les actions dérivant d'un contrat de bail sont prescrites par trois ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer ce droit, à l'exception de l'action en révision du loyer par le bailleur, qui est prescrite un an après la date convenue par les parties pour la révision. Ce texte, non visé par l'article 14 de la loi du 24 mars 2014, a été déclaré applicable aux baux en cours par l'article 82 de la loi du 6 août 2015. Cette modification commandait la solution retenue par l'arrêt du 12 mai 2016 (pourvoi n° 15-16.285 préc.).

De même, par un arrêt du 17 novembre 2016 (3e Civ., pourvoi n° 15-24.552, *Bull.* 2016, III, n° 156), la troisième chambre civile a jugé que la majoration prévue par l'article 22 de la loi du 6 juillet 1989, modifié par la loi du 24 mars 2014, s'appliquait à la demande de restitution formée après l'entrée en vigueur de cette dernière loi. La loi ALUR a prévu que « le dépôt de garantie restant dû au locataire est majoré d'une somme égale à 10 % du loyer mensuel en principal, pour chaque période mensuelle commencée en retard ». Cette modification est destinée à rendre plus effective la sanction encourue par le bailleur en cas de restitution tardive du dépôt de garantie, l'ancien texte n'assortissant la somme due par le bailleur que du seul intérêt légal. Adoptant la motivation de l'avis du 16 février 2015 (pourvoi n° 14-70.011 préc.), l'arrêt retient que cette nouvelle sanction s'analyse en un effet légal d'une situation juridique ayant pris naissance avant son entrée en vigueur et non définitivement réalisée. Là encore, l'article 82 précité avait anticipé cette solution en ajoutant l'article 22 modifié à la liste des textes immédiatement applicables.

Enfin, par un arrêt du 23 novembre 2017, la même chambre a retenu que l'article 15, III, de la loi du 6 juillet 1989, dans sa rédaction issue de la loi du 24 mars 2014, était

applicable aux baux en cours (3e Civ., 23 novembre 2017, pourvoi no 16-20.475, publié au *Bulletin*). La modification porte sur les dispositions relatives à l'obligation pesant sur le bailleur, ayant délivré un congé pour reprise ou pour vendre, de reloger un locataire âgé et disposant de ressources réduites. Auparavant le locataire devait être âgé de plus de soixante-dix ans et le bailleur était dispensé de cette obligation s'il était lui-même âgé de plus de soixante ans. Désormais, l'âge à prendre en compte est fixé à soixante-cinq ans pour le preneur comme pour le bailleur. La question se posait donc de savoir si ces nouvelles dispositions étaient applicables aux baux en cours. Reprenant la jurisprudence relative aux effets légaux du contrat, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a approuvé la cour d'appel qui avait fait une application immédiate de cette modification. Dans cette dernière hypothèse, l'article 82 de la loi du 6 août 2015 n'était pas d'un secours utile. Il avait certes déclaré ledit article 15 applicable aux baux en cours mais dans une version une nouvelle fois retouchée ce qui interdisait de donner à ce texte une portée interprétative s'incorporant rétroactivement à l'article 14 de la loi du 24 mars 2014.

Par cette série de décisions, la Cour de cassation a cherché à remédier aux insuffisances des dispositions transitoires de la loi du 24 mars 2014, dite « ALUR », en favorisant une mise en œuvre plus rapide des modifications destinées à renforcer le droit au logement.

Section 3. La résolution des conflits de normes *rationae materiae*

Le règlement des conflits *rationae materiae* entre la loi et le règlement ou entre deux lois et le cas des lois *self executing*, ainsi encore que l'effet d'une codification sur le droit applicable engendrent des difficultés illustrées dans les domaines suivants : l'application de la loi du 21 août 2003 portant réforme des retraites (§ I), l'introduction de la communication électronique en procédure civile (§ II), les rapports entre droit de la sécurité sociale et droit fiscal (§ III), les rapports entre droit du bail et droit de consommation (§ IV) et enfin les rapports entre harcèlement moral et diffamation (§ V).

§ I. L'application de la loi du 21 août 2003 portant réforme des retraites en dépit de l'absence de décret d'application

Dans son travail d'application de la loi, le juge peut être confronté à des conflits de lois *rationae materiae*. Il peut l'être d'autant plus que l'étendue grandissante du domaine de la loi, la multiplication des réglementations techniques et la sophistication normative multiplient l'existence de ce type de conflits.

Évoquer l'inflation législative est devenu un lieu commun et le Parlement a mis en place des mécanismes pour contrôler l'application des lois après leur vote. Le rapport d'information sur le bilan annuel de l'application des lois du 31 mars 2017 du Sénat indique ainsi qu'il faut distinguer les lois dites « d'application directe », c'est-à-dire qui ne prescrivent pas expressément de mesures réglementaires, les lois « mises en application », qui ont reçu l'intégralité de mesures réglementaires prescrites, les lois « partiellement mises en application », qui n'ont reçu qu'une partie des mesures réglementaires prévues par le législateur, et les lois « non mises en application », qui n'ont encore reçu aucune des mesures réglementaires prescrites par le législateur (C. Bérit-Débat, Rapport d'information no 677 du 21 juillet 2017, p. 13, disponible sur le site internet du Sénat).

Cette question a d'ailleurs fait l'objet d'une circulaire du Premier ministre (circulaire du 29 février 2008, *JORF* du 7 mars 2008)

Il résulte de ce constat qu'un certain nombre de lois ne reçoivent que tardivement les dispositions réglementaires qu'elles prévoient et que le juge peut se trouver confronté à la question de l'application d'une loi dont les décrets d'application n'ont pas été pris ou ont été pris tardivement.

Lorsque la loi précise que son entrée en vigueur sera retardée jusqu'à la publication des décrets, la Cour de cassation considère que les juges du fond ne peuvent appliquer la loi jusqu'à ce que les décrets soient effectivement publiés (3e Civ., 3 octobre 1980, pourvoi no 79-11.715, *Bull.* 1980, III, no 145 ; Soc., 25 mai 1982, pourvoi no 80-40.797, *Bull.* 1982, V, no 330).

Le juge de cassation s'attache donc, en premier lieu, à vérifier le contenu de la loi quant à son entrée en vigueur et contrôle notamment l'existence d'une disposition subordonnant l'entrée en vigueur de la loi à la publication des textes réglementaires qu'elle prévoit. En l'absence d'une telle précision, le juge de cassation a tendance à considérer que la loi est immédiatement applicable (3e Civ.,1er avril 1987, pourvoi no 86-10.114, *Bull.* 1987, III, no 67). Pour mettre en œuvre cette application immédiate, la Cour de cassation s'attache à rechercher si les dispositions législatives sont suffisamment précises pour être appliquées, en l'absence de publication des textes réglementaires prévus.

À cet égard, un arrêt de la deuxième chambre civile du 19 septembre 2013 paraît particulièrement instructif (2e Civ., 19 septembre 2013, pourvoi no 12-25.540, *Bull.* 2013, II, no 175). Le pourvoi posait la question de l'application de la loi no 2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites, dont l'article 30 a modifié les articles L. 351-15 et L. 351-16 du code de la sécurité sociale relatifs au mécanisme de la retraite progressive. À l'issue de cette modification, ces textes prévoyaient l'admission des salariés au bénéfice d'une retraite progressive entraînant la liquidation provisoire de la pension compte tenu des droits constitués à la date à laquelle elle intervenait, entraînant le service de la fraction de pension ainsi liquidée à due concurrence de l'importance de l'activité salariée à temps partiel que continue d'exercer le pensionné. La cessation totale d'activité entraîne alors une nouvelle liquidation définitive des droits à pension qui prend en compte la durée d'assurance accomplie postérieurement et qui permet ainsi à l'assuré de bénéficier de la surcote, c'est-à-dire de la majoration du taux de pension au-delà du taux plein de 50 %, s'il justifie d'un nombre de trimestres supérieur à celui normalement exigé pour des périodes d'activité accomplies au-delà de l'âge minimal d'ouverture des droits.

Cette distinction créée par la loi avait d'autant plus d'intérêt que les dispositions du décret no 2006-668 du 7 juin 2006 relatif à la retraite progressive et modifiant le code de la sécurité sociale ont ramené de cent soixante à cent cinquante le nombre de trimestres exigé pour l'accès à la retraite progressive. De la sorte, un assuré qui, âgé de soixante ans et comptant cent cinquante trimestres, ne peut encore prétendre à une pension au taux plein, peut demander à bénéficier de la retraite progressive, la poursuite à temps partiel de son activité lui permettant de compléter sa carrière et d'améliorer ainsi le montant de sa pension lorsque celle-ci sera liquidée définitivement.

La loi du 21 août 2003 précitée ne contient aucune disposition spécifique quant à l'entrée en vigueur des dispositions de son article 30. Tant dans leur rédaction initiale,

née de la loi n° 88-16 du 5 janvier 1988 relative à la sécurité sociale, que dans celle issue de la loi du 21 août 2003, les dispositions de l'article L. 351-15 du code de la sécurité sociale comportent un renvoi au pouvoir réglementaire : suivant leur dernier alinéa, « la fraction de pension qui est servie dans des conditions fixées par voie réglementaire en fonction de la durée du travail à temps partiel ; en cas de modification de son temps de travail, l'assuré peut obtenir la modification de cette fraction de pension au terme d'un délai déterminé ».

S'il ne comportait aucun renvoi au pouvoir réglementaire dans sa rédaction initiale, l'article L. 351-16 précité renvoie, après l'entrée en vigueur de la loi du 21 août 2003 précitée, explicitement à un décret le soin de fixer les conditions dans lesquelles la pension complète est liquidée, à son alinéa 3 : « La pension complète est liquidée compte tenu du montant de la pension initiale et de la durée d'assurance accomplie depuis son entrée en jouissance, dans des conditions fixées par décret ».

Les modifications des articles R. 351-39 et R. 351-40 du code de la sécurité sociale (modification de la durée de carrière exigée pour l'accès à la retraite progressive ramenée de cent soixante à cent cinquante trimestres et modification du régime des pièces et justifications présentées à l'appui de la demande d'admission au bénéfice de la retraite progressive) opérées par le décret n° 2006-668 du 7 juin 2006 précité, pris après avis du Conseil d'État, sont assorties, quant à elles, de dispositions quant à leur application dans le temps.

Suivant l'article 3 de ce décret, en effet, les dispositions de ce dernier sont applicables aux pensions qui prennent effet postérieurement au 30 juin 2006 et antérieurement au 31 décembre 2008.

Le décret n° 2006-670 du 7 juin 2006 relatif à la retraite progressive et modifiant le code de la sécurité sociale, pris également en application des articles L. 351-15 et L. 351-16 du code de la sécurité sociale contenait les mêmes dispositions quant à son application dans le temps que le décret pris en Conseil d'État : l'article 4 de ce texte prévoit que les dispositions du décret étaient applicables aux pensions prenant effet postérieurement au 30 juin 2006 et antérieurement au 31 décembre 2008.

Or, l'article 4 du décret n° 2006-670 du 7 juin 2006 précité a fait l'objet, à l'occasion d'un contentieux porté devant le tribunal des affaires de sécurité sociale de Lille, d'une question préjudicielle devant les juridictions de l'ordre administratif. Dans une décision du 16 novembre 2011, le Conseil d'État a retenu que la mise en œuvre des dispositions de l'article L. 351-16 du code de la sécurité sociale dans leur nouvelle rédaction issue de la loi du 21 août 2003 précitée était « manifestement impossible avant qu'aient été prises, par le décret litigieux, les mesures d'application qu'il prévoit », de sorte que « les nouvelles dispositions de l'article L. 351-15 du même code, dont la mise en œuvre est indissociable de celle de l'article L. 351-16, ne pouvaient pas davantage entrer en vigueur avant l'intervention de ce décret ; il s'ensuit « que ces dispositions de l'article L. 351-15, qui confèrent un caractère seulement provisoire à la liquidation de la pension de vieillesse lorsqu'elle concerne un assuré travaillant à temps partiel, sont [...] entrées en vigueur non pas, comme le soutient Mme A..., dès la promulgation de la loi du 21 août 2003, mais seulement à la date prévue par le décret du 7 juin 2006 », et le Conseil d'État d'en conclure, d'une part, qu'en fixant la date mentionnée à l'article 4 pour l'application des dispositions issues de la loi du 21 août 2003, le décret n'a pas méconnu l'article L. 351-15 du code de la sécurité sociale dans sa rédaction nouvelle,

dès lors que celle-ci n'est pas douée d'un effet immédiat, d'autre part, qu'à supposer que le décret d'application ait été pris au-delà du délai raisonnable dans lequel il aurait dû intervenir, une telle circonstance est, en tout état de cause, sans incidence sur sa légalité (CE, 16 novembre 2011, nº 347335, inédit).

Le conseiller chargé du rapport du pourvoi, analysant les dispositions des décrets du 7 juin 2006 précités, relevait la portée limitée de leurs dispositions. Il soulignait notamment que l'article D. 351-15, résultant du décret nº 2006-670 prévoyant que : « La pension complète mentionnée à l'article L. 351-16 est liquidée dans les conditions de droit commun. Toutefois elle ne peut être inférieure au montant entier ayant servi de base au calcul de la fraction prévue au premier alinéa de ce même article, le cas échéant revalorisé dans les conditions prévues à l'article L. 161-23-1 » paraphrasait, en renvoyant aux règles de droit commun de la liquidation des pensions, les dispositions du dernier alinéa de l'article L. 351-16 du code de la sécurité sociale dont le décret a pour objet de fixer les conditions d'application. La seconde phrase de l'article édicte une règle de fond (la fixation du montant de la pension complète à un niveau au moins égal au montant entier de la prestation liquidée à titre provisoire lors de l'attribution de la retraite progressive) qui répond au principe directeur de l'article L. 351-16 qui prévoit la liquidation de la pension complète compte tenu, notamment, du montant de la pension initiale.

Dès lors, la Cour de cassation a considéré que, nonobstant le fait que leur mise en œuvre avait fait l'objet des décrets du 7 juin 2006 précités, les dispositions des articles L. 351-15 et L. 351-16 du code de la sécurité sociale, dans leur rédaction modifiée par l'article 30 de la loi du 21 août 2003 étaient suffisamment précises pour recevoir application dès la publication de celle-ci (2e Civ, 19 septembre 2013, pourvoi nº 12-25.540, *Bull.* 2013, II, nº 175).

§ II. L'introduction de la communication électronique dans le droit de la procédure civile

L'introduction de la communication électronique dans le droit de la procédure civile a été réalisée d'une façon telle qu'elle a imposé à la jurisprudence d'assurer une coordination, voire une conciliation de textes entre eux.

En effet, le droit de la procédure civile se caractérise par sa dimension formaliste, dictant un accomplissement des diligences procédurales suivant une forme – la forme verbale ou la forme écrite –, reposant sur un support matériel, le papier. Le décret nº 2005-1678 du 28 décembre 2005 relatif à la procédure civile, à certaines procédures d'exécution et à la procédure de changement de nom ayant permis l'accomplissement de diligences procédurales par voie électronique n'a pourtant pas introduit une troisième forme, aux côtés des formes verbale et « papier », mais a autorisé les parties (et les juridictions) à substituer à cette dernière forme son équivalent numérique. Les articles 748-1 et suivants introduits dans le code de procédure civile ont ainsi uniquement posé quelques règles d'équivalence. Ces règles permettent à chaque partie de déterminer de quelle façon elle pourra accomplir de façon électronique une diligence dont l'accomplissement a pourtant été exclusivement envisagé par les textes pour être accomplie suivant un support matériel : notifier un acte par lettre postale, le remettre au greffe contre récépissé, etc. À cette fin, le code précise, en substance, que l'envoi électronique, possible à la condition d'avoir été accepté par son destinataire (article 748-2 du code

de procédure civile), générera un avis électronique de réception se substituant aux différentes formalités de réception prévues par les textes (article 748-3 du code de procédure civile) : ainsi, dans les exemples pris, cet avis de réception électronique se substitue à l'avis de réception de la lettre recommandée de notification (article 669 du code de procédure civile) ou au visa et à la datation par le greffier de l'original de l'acte restitué à l'avocat (article 821 du code de procédure civile) devant le tribunal de grande instance.

Cette méthode normative, pour simple qu'elle soit – moins d'une dizaine de règles, fixées aux articles 748-2 à 748-7 du code de procédure civile, doivent permettre d'accomplir, de façon dématérialisée, les actes prévus par l'ensemble des textes prescrivant une diligence procédurale reposant sur un support matériel – suscite, en revanche, deux difficultés, que la jurisprudence de la Cour de cassation est progressivement venue régler, acclimatant ainsi la procédure civile à la communication par voie électronique.

A. La coordination entre les dispositions générales régissant la communication électronique et les dispositions particulières régissant certaines procédures

Sur ce point, les textes ne souffraient pas d'ambiguïté : l'article 748-1 du code de procédure civile, qui autorise l'accomplissement des actes de procédure par voie de communication électronique, figure dans les dispositions de ce code communes à toutes les juridictions statuant en matière civile au sens large (dont l'article 749 donne la déclinaison), justifiant que, sauf disposition explicitement dérogatoire, la communication électronique soit permise, alors même que les textes régissant de façon spécifique certaines procédures se contenteraient de prévoir et d'organiser l'accomplissement d'actes établis sur support papier, sans aucunement faire référence à la communication électronique.

La deuxième chambre civile de la Cour de cassation l'a affirmé dans la procédure d'appel en matière d'expropriation (2e Civ., 10 novembre 2016, pourvoi nº 14-25.631, *Bull.* 2016, II, nº 246), puis la chambre sociale dans la procédure d'appel en matière prud'homale (Soc., 18 janvier 2017, pourvoi nº 14-29.013, *Bull.* 2017, V, nº 11).

Si cette coordination s'imposait, il faut toutefois insister sur le manque de lisibilité des textes spécifiques, qui ne figurent en effet pas dans le code de procédure civile, mais dans des codes propres à la matière considérée – en l'occurrence, le code de l'expropriation et le code du travail –, ce qui pouvait être source d'erreur. Il n'en demeure pas moins que ces dispositions particulières renvoient elles-mêmes aux dispositions non contraires du code de procédure civile, ce qui est le cas de celles relatives à la communication par voie électronique, qui ne viennent pas contrarier ces dispositions particulières, mais les compléter et les adapter à la dématérialisation. Les praticiens sont ainsi conduits à une lecture des dispositions particulières en regard des dispositions transversales du code de procédure civile.

B. L'accomplissement des actes de procédure suivant la communication électronique

La seconde difficulté tient aux conditions d'accomplissement des actes de procédure suivant la communication électronique, qui doivent rester dans un spectre précisément délimité par le code de procédure civile.

D'un côté du spectre, d'abord, seules les conditions d'équivalence posées par ces textes acclimatant la procédure civile à la communication électronique doivent être prises en compte pour apprécier la régularité d'un acte ainsi accompli, peu important que ces conditions paraissent ignorer certaines contraintes, qu'elles soient d'ordre pratique ou qu'elles découlent de l'usage de la dématérialisation. C'est ainsi que l'on pourrait en effet expliquer les pratiques développées par nombre de juridictions du fond, ayant organisé et encadré la mise en œuvre de la communication électronique par des règles internes ou des protocoles conclus avec les barreaux de leur ressort, prévoyant, par exemple, que les messages transmettant un acte de procédure en indiquent l'objet, précisent les références d'enregistrement de l'affaire, soient adressés à un service particulier du greffe, etc., autant d'exigences pratiques justifiées par le souci d'un fonctionnement optimal de la communication électronique. Toutefois, en raisonnant par équivalence avec les échanges ayant lieu sur un support papier, les textes du code de procédure civile n'ont nullement envisagé de telles contraintes, qui seraient propres à la communication électronique. En outre, si ces textes renvoient à un arrêté, celui-ci a uniquement pour objet les conditions techniques d'accomplissement de ces échanges. En l'état de ces considérations et du silence des textes, la Cour de cassation a été conduite à imposer par sa jurisprudence un strict respect de la démarche d'équivalence entreprise par le pouvoir réglementaire, en interdisant ainsi que d'autres exigences complémentaires que celles posées aux articles 748-2 et suivants du code de procédure civile, aussi légitimes soient-elles en pratique, puissent être opposées aux parties, pour recevoir une sanction procédurale.

Ainsi une cour d'appel ne peut-elle ignorer des conclusions qui lui sont transmises par une partie, au motif que le message les transmettant s'intitule « Demande de renvoi de plaidoirie », sans faire référence à ses conclusions jointes (2e Civ., 7 janvier 2016, pourvoi nº 14-28.887, *Bull.* 2016, II, nº 2 ; 2e Civ., 26 janvier 2016, pourvoi nº 15-28.325, pour une requête en déféré). De même une cour d'appel ne peut pas ignorer les conclusions que son greffe avait refusées au motif que le message électronique n'indiquait pas le numéro de rôle de l'affaire (2e Civ., 24 septembre 2015, pourvoi nº 14-20.212, *Bull.* 2015, II, nº 208), l'arrêt l'affirmant étant d'autant plus net que la deuxième chambre civile y retient que « l'avis de refus » émis par ce greffe établissait la réception par celui-ci du message contenant les conclusions de l'avocat. Enfin, dernière illustration de cette jurisprudence, une cour d'appel ne peut pas déclarer irrecevable un appel au motif que le message de transmission d'un acte de procédure avait été refusé par le greffe faute d'être conforme à un protocole mis en place avec le barreau, protocole imposant que le message prenne la forme d'un échange de données structurées (2e Civ., 19 octobre 2017, pourvoi nº 16-24.234, publié au *Bulletin*). De cette jurisprudence il résulte que seul le code de procédure civile fixe les modalités selon lesquelles une juridiction peut être saisie.

Dans le même esprit, il faut rapprocher de ce courant jurisprudentiel un arrêt dont il découle que constitue une cause étrangère l'impossibilité pour une partie d'adresser par un message électronique ses conclusions, en raison de leur volume, excédant celui que les serveurs informatiques des juridictions peuvent recevoir (2e Civ., 16 novembre 2017, pourvoi nº 16-24.864, publié au *Bulletin*). Cette contrainte technique, qui ne ressort en aucune façon d'une norme juridique, ne saurait être opposée aux parties pour refuser leurs actes.

De l'autre côté du spectre, à l'inverse, les conditions d'accomplissement des actes de procédure par voie électronique constituent un formalisme procédural qui doit être respecté, peu important que les outils de la révolution numérique aient pu rendre envisageables d'autres modalités d'accomplissement. Ainsi, la possibilité de constater qu'une partie adverse a constitué un avocat dans un dossier, par la consultation de l'historique depuis l'interface « e-barreau » mise à la disposition des avocats procédant par la voie électronique, ne constitue en aucune façon la notification de cet acte de constitution par la voie électronique, et ne peut par conséquent se substituer à cette notification, dont la preuve doit être rapportée (2e Civ., 15 octobre 2015, pourvoi nº 14-24.322, *Bull.* 2015, II, nº 229). Autrement dit, l'autorisation de la communication électronique ne remet pas en cause le principe du formalisme procédural, elle l'adapte simplement, suivant des modalités qui doivent par conséquent être strictement respectées. En faisant ainsi scrupuleusement respecter les textes, la Cour de cassation garantit l'uniformité et la prévisibilité des règles de procédure civile.

§ III. Les rapports entre le droit de la sécurité sociale et le droit fiscal

S'il existe une indéniable parenté entre le financement des dépenses publiques et le financement des charges de la sécurité sociale, les finances sociales n'en conservent pas moins une autonomie certaine : le financement de la sécurité sociale repose, aujourd'hui encore, majoritairement sur des cotisations assises sur les revenus d'activité et de remplacement et, si les contributions ayant le caractère d'impositions de toutes natures au sens de l'article 34 de la Constitution représentent le tiers environ des ressources (à commencer par la contribution sociale généralisée, assise sur l'ensemble des revenus de l'ensemble de la population), le financement de la sécurité sociale s'inscrit, du point de vue juridique, dans le cadre de principes qui ne sont pas réductibles aux principes directeurs de la législation fiscale.

L'autonomie du droit des prélèvements sociaux résulte, pour une part essentielle, de l'interprétation que la Cour de cassation retient des règles de droit qui leur sont applicables, l'observation s'imposant, tout particulièrement, quant à la portée des renvois que celles-ci opèrent, le cas échéant, aux dispositions du code général des impôts.

A. L'assujettissement des indemnités de rupture du contrat de travail aux cotisations dues au titre du régime général de sécurité sociale

L'analyse de la jurisprudence de la Cour de cassation s'avère pertinente s'agissant, en premier lieu, de l'assujettissement des indemnités de rupture du contrat de travail aux cotisations dues au titre du régime général de sécurité sociale.

L'assiette des cotisations de sécurité sociale s'étend, aux termes de l'article L. 242-1, alinéa 1, du code de la sécurité sociale, à l'ensemble des avantages en argent et en nature servis au travailleur en contrepartie ou à l'occasion du travail. Forte de ces dispositions, issues de la loi nº 54-301 du 20 mars 1954, la jurisprudence conclut à l'assujettissement en quelque sorte par principe aux cotisations sociales de l'ensemble des éléments composant la rémunération du salarié, que ces derniers soient ou non la contrepartie de l'activité professionnelle de ce dernier (voir *supra*).

S'agissant, plus précisément, des indemnités liées à la rupture du contrat de travail, la Cour de cassation a conclu ainsi à l'assujettissement aux cotisations des indemnités

ayant le caractère d'un substitut de salaire (telle l'indemnité compensatrice de préavis ou l'indemnité compensatrice de congés payés), seules les indemnités ayant pour objet, telle l'indemnité de licenciement proprement dite, de réparer le préjudice résultant pour le salarié de la perte de son emploi ; la distinction s'applique y compris aux indemnités afférentes aux ruptures procédant, dans leur principe ou dans leurs modalités, d'un accord ou d'une transaction entre les parties.

La distinction ainsi opérée par la jurisprudence a été affectée par la loi n° 99-1140 du 29 décembre 1999 de financement de la sécurité sociale pour 2000, qui, insérant un nouvel alinéa dans le corps de l'article L. 241-2 du code de la sécurité sociale, renvoie pour l'assujettissement aux cotisations sociales aux dispositions de l'article 80 *duodecies* du code général des impôts, lui-même issu de la loi n° 99-1172 du 30 décembre 1999 de finances pour 2000. Rendues nécessaires par le caractère casuistique de la jurisprudence administrative en la matière, ces dispositions précisent, par catégories, le régime de certaines indemnités de rupture au regard de l'impôt sur le revenu, et étendent leurs effets, par le jeu du renvoi opéré par l'article L. 242-1, aux cotisations et contributions sociales.

L'entrée en vigueur de ces dispositions, d'ailleurs maintes fois modifiées, a donné lieu à une jurisprudence bien précise de la Cour de cassation.

Celle-ci fait application de l'exonération, pour tout ou partie du montant des sommes litigieuses, prévue par l'article 80 *duodecies* du code général des impôts, aux indemnités qui rentrent précisément dans les prévisions de ces dispositions (2e Civ., 21 juin 2005, pourvoi n° 03-30.754, *Bull.* 2005, II, n° 168). Il incombe toutefois au juge du fond, lorsque l'indemnité s'inscrit dans le champ d'application de la règle fiscale, de s'assurer de son montant et de n'exonérer les sommes litigieuses que dans les limites fixées par celle-ci (2e Civ., 22 janvier 2015, pourvoi n° 13-27.601, *Bull.* 2015, II, n° 10).

La Cour de cassation exclut, en revanche, de l'exonération prévue par la règle fiscale toute indemnité qui n'est pas au nombre de celles, limitativement énumérées, par celle-ci. Il en a été ainsi jugé en ce qui concerne l'indemnité due au salarié en cas de rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée (2e Civ., 6 juillet 2017, pourvoi n° 16-17.959, publié au *Bulletin* ; *JCP* éd. S 2017,1274, note X. Aumeran ; *RJS* 2017, n° 711), de l'indemnité pour violation du statut protecteur versée au salarié protégé en cas de licenciement sans autorisation administrative (2e Civ., 12 février 2015, pourvoi n° 14-10.886, *Bull.* 2015, II, n° 27 ; *RJS* 2015, n° 279) ou de l'indemnité versée, sur la base de dispositions réglementaires *ad hoc*, par une personne publique en cas de licenciement avant terme d'un agent public engagé pour une durée déterminée (2e Civ., 25 janvier 2018, pourvoi n° 17-11.442, publié au *Bulletin*).

La Cour de cassation fait, au demeurant, une application en quelque sorte autonome, des dispositions de l'article 80 *duodecies* du code général des impôts : le calcul de l'indemnité, notamment pour l'application du plafonnement de l'exonération, doit procéder exclusivement des sommes effectivement perçues par le salarié au cours de la période de référence (2e Civ., 21 septembre 2017, pourvoi n° 16-20.580, publié au *Bulletin* ; *JCP* éd. S 2017, 1351, note T. Tauran) ; il importe peu, en revanche, que les sommes litigieuses aient été effectivement soumises, parallèlement, à l'impôt sur le revenu, l'exonération dont le salarié bénéficie, le cas échéant, en application de règles fiscales, demeurant sans incidence sur l'obligation au paiement des cotisations dans la

limite des règles de plafonnement (2e Civ., 6 juillet 2017, pourvoi nº 16-19.607, publié au *Bulletin* ; *RJS* 2017, nº 698).

La Cour de cassation a, plus simplement encore, rappelé récemment le principe directeur de sa jurisprudence traditionnelle et énoncé qu'il « résulte des dispositions du premier alinéa de l'article L. 242-1 du code de la sécurité sociale que les sommes versées au salarié lors de la rupture du contrat de travail autres que les indemnités mentionnées au dixième alinéa (*i. e.* les dispositions qui renvoient à l'article 80 *duodecies* du code général des impôts), sont comprises dans l'assiette des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales, à moins que l'employeur rapporte la preuve qu'elles concourent, pour tout ou partie de leur montant, à l'indemnisation d'un préjudice » (2e Civ., 15 mars 2018, pourvoi nº 17-11.336, publié au *Bulletin* ; *JCP* éd. S 2018. II, 1156, note X. Aumeran ; *RJS* 2018, nº 363).

B. La détermination de l'assiette des cotisations afférentes aux régimes de sécurité sociale propres aux travailleurs indépendants des professions non agricoles

La Cour de cassation en a usé de même, *mutatis mutandis*, quant à la détermination de l'assiette des cotisations afférentes aux régimes de sécurité sociale propres aux travailleurs indépendants des professions non agricoles (*Cf.* X. Prétot, « Les cotisations de sécurité sociale des travailleurs indépendants, Jurisprudence récente de la Cour de cassation » : *RJS* 2015, p. 283).

Suivant les dispositions de l'article L. 131-6, alinéa 1, du code de la sécurité sociale qui, dans leur rédaction issue de la loi nº 2011-1906 du 21 décembre 2011 de financement de la sécurité sociale pour 2012, unifient les règles d'assiette applicables aux organisations autonomes d'assurance vieillesse et au régime d'assurance maladie et maternité dont relèvent les travailleurs indépendants, « les cotisations d'assurance maladie et maternité, d'allocations familiales et d'assurance vieillesse des travailleurs indépendants non agricoles sont assises sur le revenu d'activité non salarié ». Ce dernier est, aux termes du même texte (alinéa 2), « celui retenu pour le calcul de l'impôt sur le revenu », abstraction faite toutefois de diverses exonérations, réductions, déductions, abattements et autres reports propres à la législation fiscale.

La Cour de cassation fait de ces dispositions une stricte interprétation, qui préserve, en définitive, l'autonomie de la règle d'assiette applicable à la matière sociale :

– la jurisprudence retient ainsi une conception extensive du revenu retenu pour le calcul de l'impôt sur le revenu, autrement dit du revenu brut imposable, exclusive sauf exception de l'application des règles de la législation fiscale qui conduisent à la détermination du revenu net imposable au titre des bénéfices industriels et commerciaux ou des bénéfices non commerciaux. Ainsi a-t-elle exclu l'application de l'abattement prévu en cas d'adhésion de certains professionnels à une association de gestion agréée (Ass. plén., 29 novembre 1985, pourvoi nº 83-15.580 et pourvoi nº 84-12.543, *Bull.* 1985, Ass. plén. nº 10 ; Dr. soc., 1986, p. 164, note X. Prétot) ou des règles relatives à l'imputation des plus-values et moins-values professionnelles à long terme (2e Civ., 11 juin 2009, pourvoi nº 08-13.011, *Bull.* 2009, II, nº 159). De même écarte-t-elle l'application des règles fiscales prévues en cas d'exploitation déficitaire, le travailleur indépendant demeurant redevable, aux termes des dispositions *ad hoc* du code

de la sécurité sociale, d'une cotisation minimale de nature à lui garantir l'ouverture des droits aux prestations (Soc., 15 novembre 1990, pourvoi nº 87-12.666, *Bull.* 1990, IV, nº 566; *RJS* 1991, nº 92). Dans un même registre, un travailleur indépendant ne saurait tirer argument de ce qu'il a opté, pour le paiement de l'impôt sur le revenu, pour le régime des salariés, pour obtenir le calcul de ses cotisations selon les mêmes modalités (2e Civ., 12 juillet 2007, pourvoi nº 06-18.610; 2e Civ., 22 novembre 2007, pourvoi nº 06-17.700, *Bull.* 2007, II, nº 258; *JCP* S 2008.1124, note T. Tauran). *A fortiori* le redevable ne saurait-il se prévaloir des stipulations d'une convention bilatérale, dès lors que le champ d'application *ratione materiae* de celle-ci n'affecte que l'impôt sur le revenu (2e Civ., 15 mars 2012, pourvoi nº 10-19.605);

– la Cour de cassation a entendu, plus encore, retenir une conception autonome du « revenu d'activité non salarié », bien distincte des catégories de la législation fiscale et, plus précisément, de l'impôt sur le revenu. C'est en ce sens qu'elle s'est prononcée au sujet de l'assiette des cotisations dues par les membres des professions libérales exerçant leur activité dans le cadre d'une société d'exercice libéral. S'agissant, en l'espèce, d'un professionnel de santé qui, ayant constitué une société d'exercice libéral dont il était le gérant majoritaire, soutenait que les dividendes qu'il percevait entraient dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers au sens de la règle fiscale, de sorte qu'ils ne pouvaient pas être assimilés à un revenu d'activité, la Cour de cassation a retenu que constituant le produit de l'activité professionnelle de l'intéressé, les bénéfices distribués devaient entrer dans l'assiette des cotisations sociales (2e Civ., 15 mai 2008, pourvoi nº 06-21.741, *Bull.* 2008, II, nº 113 ; *Dr. soc.*, 2008, p. 862, note J. Barthélémy; *RJS* 7/08, nº 825; 2e Civ., 27 novembre 2014, pourvoi nº 13-26.022, *Bull.* 2014, II, nº 238; *RJS* 2/15, nº 151). La Cour de cassation distingue ainsi des *modalités d'évaluation* du revenu d'activité, qui relèvent de l'application de la règle fiscale, la *définition même* du revenu d'activité qui procède d'une appréciation autonome, indifférente aux qualifications retenues par la législation fiscale en matière d'impôt sur le revenu. La Cour de cassation s'est écartée, au demeurant, de la position prise, quelques mois plus tôt, par le Conseil d'État statuant au contentieux, lequel, saisi aux fins d'annulation d'une délibération du conseil d'administration de la caisse autonome de retraite intéressée, avait conclu, à l'inverse, que des éléments de revenu relevant, au titre de l'impôt sur le revenu, de la catégorie des revenus mobiliers, ne sauraient figurer dans l'assiette des cotisations de sécurité sociale (CE, 14 novembre 2007, nº 293642, mentionné dans les tables du *Recueil Lebon; RJS* 2/08, nº 224, et 4/08, p. 283, concl. A. Courrèges);

– la jurisprudence consacre, plus généralement, l'autonomie des cotisations sociales dues par les travailleurs indépendants. L'observation vaut en ce qui concerne la mise en œuvre des procédures de contrôle, de redressement et de recouvrement des cotisations : ainsi l'organisme de sécurité sociale ne saurait procéder, sans mise en œuvre de la procédure contradictoire prévue par les dispositions du code de la sécurité sociale, au redressement des cotisations dues par un travailleur indépendant, alors même que le redressement intervient à la suite d'opérations de contrôle menées, en ce qui les concerne, par les services fiscaux (2e Civ., 14 octobre 2003, pourvoi nº 02-30.429, *Bull.* 2003, II, nº 298). Dans une même perspective, une société exerçant son activité sur le territoire du département de la Guyane ne saurait échapper au paiement de la contribution sociale de solidarité des sociétés (perçue au profit des régimes propres aux travailleurs indépendants), motif pris de la non-application de la taxe sur la valeur ajoutée en Guyane; certes, la contribution est assise sur le chiffre d'affaires tel que déterminé

pour le calcul de la TVA, mais elle revêt le caractère d'une contribution bien distincte (2e Civ., 4 avril 2018, pourvoi nº 17-13.987, publié au *Bulletin*).

Ce faisant, la jurisprudence de la Cour de cassation tend à promouvoir, conformément aux exigences des principes de l'égalité devant la loi et les charges publiques et de la solidarité nationale, l'harmonisation, d'un régime à l'autre, voire d'une catégorie d'assurés à l'autre, des efforts contributifs, et s'inscrit ainsi dans le cadre de l'évolution de notre système de sécurité sociale, les facteurs d'unité l'emportant désormais sur la distinction initiale des régimes socio-professionnels.

§ IV. L'articulation entre les dispositions relatives au bail d'habitation et celles du droit de la consommation

Dans une série d'arrêts rendus le 26 janvier 2017, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a tranché la question inédite de savoir si la prescription de deux ans prévue par le code de la consommation était applicable à l'action en paiement des loyers et des réparations locatives (3e Civ., 26 janvier 2017, pourvois nº 15-27.580, nº 15-27.688, nº 15-25.791 et nº 16-10.389, *Bull.* 2017, III, nº 12).

Deux bailleurs sociaux réclamaient à d'anciens locataires, plusieurs années après leur départ, un arriéré de loyers et/ou de charges locatives. Les tribunaux d'instance saisis de ces litiges avaient déclaré les actions prescrites comme engagées plus de deux ans après l'exigibilité de la créance.

Les pourvois invitaient donc la Cour de cassation à dire si le droit de la consommation incluait le bail d'habitation dans son champ d'application.

La loi nº 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile a créé un article L. 137-2 ainsi rédigé : « L'action des professionnels, pour les biens ou les services qu'ils fournissent aux consommateurs, se prescrit par deux ans ». Ce texte est devenu l'article L. 218-2 après codification de la partie législative du même code par l'ordonnance nº 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation.

Il importait donc de déterminer ce qu'il faut entendre respectivement par « professionnel » et « consommateur ».

S'agissant du professionnel, la Cour de cassation a d'abord adopté une définition fondée sur le critère de la compétence (1re Civ., 28 avril 1987, pourvoi nº 85-13.674, *Bull.* 1987, I, nº 134 ; 1re Civ., 15 avril 1986, pourvoi nº 84-15.801, *Bull.* 1986, I, nº 90 ; 1re Civ., 25 mai 1992, pourvoi nº 89-15.860, *Bull.* 1992, I, nº 162 ; Com., 10 mai 1989, pourvoi nº 88-10.649, *Bull.* 1989, IV, nº 148) avant de retenir celui du lien direct avec l'activité professionnelle du contractant (1re Civ., 3 mai 1988, pourvoi nº 85-18.466, *Bull.* 1988, I, nº 125 ; 1re Civ., 24 janvier 1995, pourvoi nº 92-18.227, *Bull.* 1995, I, nº 54 ; 1re Civ., 1er décembre 1998, pourvoi nº 96-13.924, *Bull.* 1998, I, nº 339 ; 1re Civ., 23 février 1999, pourvoi nº 96-21.744, *Bull.* 1999, I, nº 59 ; 1re Civ., 10 juillet 2001, pourvoi nº 99-12.512, *Bull.* 2001, I, nº 209 ; 1re Civ., 26 novembre 2002, pourvoi nº 00-17.610, *Bull.* 2002, I, nº 290 ; 1re Civ. 9 juillet 2015, pourvoi nº 14-17.051, *Bull.* 2015, nº 184). Selon ce courant jurisprudentiel, le professionnel devait donc être indépendant et agir dans le cadre de son activité professionnelle pour son propre compte et de manière habituelle.

Ce n'est que très récemment que la loi a donné une définition de ces termes. Ainsi l'ordonnance du 14 mars 2016 précitée définit le professionnel comme « toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui agit à des fins entrant dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, y compris lorsqu'elle agit au nom ou pour le compte d'un autre professionnel. » De son côté, la loi nº 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation désignait auparavant le consommateur comme « toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale. » L'ordonnance nº 2016-301 du 14 mars 2016 précitée a ajouté l'activité agricole à cette liste.

Ces textes, qui ont été regroupés dans l'article liminaire du code de la consommation, s'inspirent de la directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 du Parlement européen et du Conseil relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil.

Au vu de ces définitions, rien n'interdit donc, *a priori*, d'assimiler un locataire à un consommateur et un bailleur institutionnel à un professionnel. Mais le bail d'habitation peut-il être assimilé à un contrat de prestation de service ?

En l'absence de définition de la prestation de service en droit interne, il est possible de se référer à la directive 2011/83 précitée qui désigne par bien, au sens du droit communautaire de la consommation, « tout objet mobilier corporel, sauf les objets vendus sur saisie ou de quelque autre manière par autorité de justice ; l'eau, le gaz et l'électricité sont considérés comme des "biens" au sens de la présente directive lorsqu'ils sont conditionnés dans un volume délimité ou en quantité déterminée » (article 2.3) et par contrat de service « tout contrat autre qu'un contrat de vente en vertu duquel le professionnel fournit ou s'engage à fournir un service au consommateur et le consommateur paie ou s'engage à payer le prix de celui-ci » (article 2.6).

Sauf à le considérer comme un service, le bail d'habitation ne répond donc pas à l'une ou l'autre de ces définitions. D'autant que la même directive, en son article 3.3, exclut de son champ d'application les contrats « portant sur les services sociaux, y compris le logement social ».

La question du choix du délai de prescription adéquat a pris une dimension supplémentaire avec la création d'un article 7-1 dans la loi nº 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi nº 86-1290 du 23 décembre 1986 par la loi du 24 mars 2014 (dite loi « ALUR »).

Jusqu'à cette loi et depuis la réforme du 17 juin 2008, la prescription de l'action du bailleur en recouvrement des réparations locatives était soumise au droit commun de l'article 2224 du code civil selon lequel « les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer. »

S'agissant de l'action en paiement ou en répétition des loyers et charges locatives, l'article 2277 ancien du code civil prévoyait également, depuis la loi nº 2005-32 du 18 janvier 2005, une prescription de cinq ans dont la jurisprudence avait fixé le point de départ au jour du paiement indu. Avant cette loi, la jurisprudence appliquait le délai de droit commun de trente ans au motif que l'action en répétition d'un indu n'était pas

assimilable à une action en paiement d'une somme périodique relevant de l'article 2277 du code civil (3e Civ., 21 février 1996, pourvoi nº 93-12.675, *Bull.* 1996, III, nº 48 ; 3e Civ., 13 octobre 1999, pourvoi nº 98-10.878, *Bull.* 1999, III, nº 206 ; Ch. mixte, 12 avril 2002, pourvoi nº 00-18.529, *Bull.* 2002, Ch. mixte nº 2 ; 3e Civ., 13 novembre 2008, pourvoi nº 07-16.221, *Bull.* 2008, III, nº 173).

L'article 7-1 de la loi du 6 juillet 1989 précitée dispose désormais, qu'à l'exception de l'action en révision du loyer, qui se prescrit un an après la date convenue pour la révision, « toutes actions dérivant d'un contrat de bail sont prescrites par trois ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer ce droit. » Ce texte, qui n'était pas visé par les dispositions transitoires de la loi ALUR, a été déclaré applicable aux baux en cours par l'article 82 de la loi nº 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

Il résulte de cette succession de textes que le nouveau délai de prescription s'applique à compter de l'entrée en vigueur de la loi ALUR, soit le 27 mars 2014. Par conséquent, en instaurant une prescription spécifique propre au bail d'habitation, cette loi a défini un régime dérogatoire exclusif de la prescription « consumériste ». Elle a donc coupé court à la discussion, mais seulement pour l'avenir.

Dans les quatre dossiers litigieux, la prescription ayant commencé à courir avant l'entrée en vigueur de la loi, le choix entre la prescription de droit commun de cinq ans ou la prescription de deux ans restait ouvert.

La réponse n'était pas évidente en raison du caractère compréhensif des définitions du droit de la consommation qui exerce de ce fait une forte attractivité sur les contrats ne relevant pas de son champ d'application.

En faveur de l'exclusion du délai de deux ans, il était possible de soutenir que le bail d'habitation relève d'une réglementation spécifique et d'ordre public qui se suffit à elle-même et qui est étrangère au droit de la consommation. Et de fait, il n'a jamais été question d'intégrer la loi du 6 juillet 1989 précitée au *corpus* du droit de consommation. Une telle intégration ne serait pas sans poser problème car les preneurs pourraient revendiquer le bénéfice des dispositions protectrices du code de la consommation, tels le droit de rétractation ou l'obligation d'information préalable. Le risque serait grand de complexifier les relations bailleur-locataire en multipliant les situations dérogatoires et en créant un régime différent selon que le bailleur est un professionnel ou non. Il y a lieu d'ajouter que la législation du bail d'habitation n'est pas inspirée par des impératifs commerciaux mais vise avant tout à assurer et à protéger le droit au logement. Elle est donc marquée essentiellement par des considérations d'intérêt général qui dépassent les seules relations bilatérales liant un professionnel et un consommateur. Cet aspect du problème est encore plus déterminant en présence d'un bail social.

Par ailleurs, l'application d'un délai de prescription réduit de deux ans aurait pu inciter les bailleurs à accorder moins facilement des délais de paiement et à poursuivre plus rapidement la résiliation du bail en cas d'impayé, ce qui aurait été contraire aux intérêts des locataires en difficulté.

En faveur de la thèse opposée, il était possible d'opter, à l'instar des jugements contestés, pour une application distributive des diverses protections offertes au locataire en retenant les plus favorables soit, en l'espèce, la prescription la plus courte.

Mais une telle application des textes à la carte risquait de déboucher sur une insécurité juridique accrue.

En cassant les jugements soumis à sa censure, la troisième chambre civile a choisi la solution bouleversant le moins possible une matière rendue complexe et instable par les réformes récentes. Elle a retenu que le bail d'habitation régi par la loi du 6 juillet 1989 est soumis à des règles spécifiques exclusives du droit de la consommation, de sorte que la prescription édictée par l'article 7-1 de cette loi est seule applicable à l'action en recouvrement des réparations locatives et des loyers impayés. Cette solution tend à préserver l'unité du statut des baux d'habitation en le protégeant du risque de morcellement pouvant résulter de l'introduction de règles étrangères à son champ d'application.

§ V. L'articulation entre les dispositions du code du travail relatives au harcèlement moral et celles de la loi de 1881 sur la diffamation

Saisie d'une affaire dans laquelle une société et deux de ses salariés avaient assigné en diffamation une ancienne employée qui avait adressé au directeur des ressources humaines de ladite société, au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail et à l'inspecteur du travail une lettre dénonçant les faits de harcèlement moral dont elle soutenait avoir été victime, la Cour de cassation a dû résoudre le conflit né de la confrontation entre, d'une part, les dispositions du code du travail sur le harcèlement moral et, d'autre part, celles de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse relatives à la diffamation.

D'un côté, le salarié qui relate ou témoigne d'agissements de harcèlement moral, constitutifs d'un délit, bénéficie de la protection instaurée par l'article L. 1152-2 du code du travail, qui interdit qu'une sanction disciplinaire puisse être prononcée à son encontre pour un tel motif. La chambre sociale de la Cour de cassation a donné à cette prohibition la portée la plus large, en affirmant, au visa de l'article 10, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qu'« en raison de l'atteinte qu'il porte à la liberté d'expression, en particulier au droit pour les salariés de signaler les conduites ou actes illicites constatés par eux sur leur lieu de travail, le licenciement d'un salarié prononcé pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, de faits dont il a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions et qui, s'ils étaient établis, seraient de nature à caractériser des infractions pénales, est frappé de nullité » (Soc., 30 juin 2016, pourvoi nº 15-10.557, *Bull.* 2016, V, nº 140). Cette « liberté de dénoncer », qui s'inscrit dans la logique du droit général d'alerte reconnu au salarié par l'article L. 4131-1 du code du travail, n'est cependant pas totale : le salarié de mauvaise foi ne peut prétendre à l'immunité disciplinaire instituée par les dispositions précitées (Soc., 6 juin 2012, pourvoi nº 10-28.345, *Bull.* 2012, V, nº 172), étant précisé que la mauvaise foi ne peut résulter de la seule circonstance que les faits dénoncés ne sont pas établis et suppose la démonstration que le salarié avait connaissance, au moment de la dénonciation, de la fausseté de ces faits (Soc., 10 mars 2009, pourvoi nº 07-44.092, *Bull.* 2009, V, nº 66 ; Soc., 19 octobre 2011, pourvoi nº 10-16.444, *Bull.* 2011, V, nº 234 ; Soc., 7 février 2012, pourvoi nº 10-18.035, *Bull.* 2012, V, nº 55 ; Soc., 10 juin 2015, pourvoi nº 13-25.554, *Bull.* 2015, V, nº 115).

D'un autre côté, si « le salarié jouit, dans l'entreprise et en dehors de celle-ci, de sa liberté d'expression, à laquelle seules des restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché peuvent être apportées » (Soc.,

22 juin 2004, pourvoi nº 02-42.446, *Bull.* 2004, V, nº 175), ses propos peuvent être constitutifs d'un abus de la liberté d'expression et, par suite, tomber sous le coup de la loi du 29 juillet 1881 précitée (Soc., 23 septembre 2015, pourvoi nº 14-14.021, *Bull.* 2015, V, nº 177). Ainsi, un salarié peut être sanctionné pénalement s'il a tenu, à l'égard de son employeur ou d'autres salariés, des propos diffamatoires, l'article 29, alinéa 1, de la loi précitée, définissant la diffamation comme « toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé ». La fausseté des faits n'est pas un élément constitutif de cette infraction et, selon une jurisprudence constante, les imputations diffamatoires sont réputées de droit faites avec l'intention de nuire (Crim., 19 novembre 1985, pourvoi nº 84-95.202, *Bull. crim.* 1985, nº 363 ; 2e Civ., 24 février 2005, pourvoi nº 02-19.136, *Bull.* 2005, II, nº 48), même si cette présomption de mauvaise foi ne revêt pas un caractère irréfragable et cède devant la preuve de la vérité des faits diffamatoires ou celle de la bonne foi.

La mise en œuvre de ces dispositions pouvait donc conduire à une situation paradoxale : le salarié qui dénonce des agissements de harcèlement moral bénéficie d'une immunité disciplinaire, en application des dispositions du code du travail, mais, l'imputation de tels agissements étant de nature à porter atteinte à l'honneur et à la considération de la personne visée, le salarié concerné s'expose à une sanction pénale, sur le fondement de la loi du 29 juillet 1881.

Par l'arrêt qu'elle a rendu le 28 septembre 2016, la première chambre civile a entendu sortir de cette impasse, qui était « de nature à faire obstacle à l'effectivité du droit, que la loi nº 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale a reconnu au salarié, de dénoncer, auprès de son employeur et des organes chargés de veiller à l'application des dispositions du code du travail, les agissements répétés de harcèlement moral dont il estime être victime » (1re Civ., 28 septembre 2016, pourvoi nº 15-21.823, *Bull.* 2016, I, nº 182). Faisant œuvre de création jurisprudentielle, elle a décidé, au terme d'une motivation développée, que la relation par un salarié de tels agissements, auprès des personnes précitées, ne pouvait pas être poursuivie pour diffamation. Cet arrêt a été rendu, notamment, au visa de l'article 122-4 du code pénal, dont l'alinéa 1 énonce que « n'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires ». Cette disposition a, en effet, permis d'articuler les textes en présence : le salarié, autorisé par la loi à dénoncer les faits de harcèlement moral dont il s'estime victime, ne peut être pénalement sanctionné de ce chef.

Toutefois, cette immunité pénale du salarié est doublement limitée : d'une part, la loi du 29 juillet 1881 précitée demeure applicable lorsque les faits allégués ont été diffusés auprès de personnes qui ne sont pas chargées de veiller à l'application des dispositions du code du travail au sein de l'entreprise ; d'autre part, l'exclusion de la diffamation n'évince pas les dispositions pénales de droit commun, de sorte que, lorsqu'il est établi, par la partie poursuivante, que le salarié avait connaissance, au moment de la dénonciation, de l'inexactitude des faits allégués, celui-ci peut être poursuivi pour dénonciation calomnieuse.

Section 4. La résolution des conflits de normes constitutionnelles et internationales

Les conflits entre les normes constitutionnelles et les normes internationales se résolvent en principe au bénéfice des premières. La Cour de cassation, de même que le Conseil d'État, affirme un principe de suprématie des normes constitutionnelles dans un contexte national d'application du droit (§ I). Néanmoins, ce principe ne ferme pas la voie de la conciliation des normes (§ II).

§ I. Suprématie de la norme constitutionnelle

Dans un arrêt de l'assemblée plénière du 2 juin 2000, la Cour de cassation a eu à se prononcer sur la place respective, dans la hiérarchie des normes en droit interne, des dispositions de valeur constitutionnelle et des engagements issus d'instruments internationaux (Ass. plén., 2 juin 2000, pourvoi nº 99-60.274, *Bull.* 2000, Ass. plén., nº 4; *RD publ.*, 2000, p. 1037, note X. Prétot).

La Cour de cassation était saisie d'un pourvoi formé par une électrice contre un jugement du tribunal de première instance de Nouméa ayant refusé son inscription sur la liste électorale spéciale à l'élection du congrès et des assemblées de Province, faute pour elle de justifier de la condition de domicile de dix ans posée par l'article 188 de la loi organique nº 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie. La demanderesse au pourvoi soutenait que les dispositions de ce texte, en ce qu'elles exigent d'un citoyen de la République française un domicile de dix ans pour participer à l'élection des membres d'une collectivité de la République française, étaient incompatibles avec l'article 3 du premier Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales selon lequel «les Hautes Parties contractantes s'engagent à organiser, à des intervalles raisonnables, des élections libres au scrutin secret, dans des conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif» ainsi qu'avec les articles 2 et 25 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 et l'article F (devenu l'article 6) du traité sur l'Union européenne du 7 février 1992.

L'assemblée plénière a d'abord écarté le moyen tiré de l'incompatibilité des dispositions de l'article 188 de la loi organique du 19 mars 1999 précitée avec celles de l'article 6 du Traité sur l'Union européenne, en relevant, sans se prononcer sur la question de la hiérarchie des normes, que le droit de l'intéressée à être inscrite sur les listes électorales pour les élections en cause n'entrait pas dans le champ d'application du droit communautaire.

Elle a ensuite affirmé que «l'article 188 de la loi organique a valeur constitutionnelle en ce que, déterminant les conditions de participation à l'élection du congrès et des assemblées de province de la Nouvelle-Calédonie et prévoyant la nécessité de justifier d'un domicile dans ce territoire depuis dix ans à la date du scrutin, il reprend les termes du paragraphe 2.2.1 des orientations de l'accord de Nouméa, qui a lui-même valeur constitutionnelle en vertu de l'article 77 de la Constitution». Il faut rappeler qu'à la suite des accords de Matignon conclus le 26 juin 1988 entre le gouvernement et les principales formations politiques de la Nouvelle-Calédonie afin de ramener la paix civile dans l'île, la loi nº 88-1028 du 9 novembre 1988 portant dispositions statutaires et préparatoires à l'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie en 1998, adoptée

par référendum le 6 novembre 1988, a prévu dans son article 2 l'organisation entre le 1er mars et le 31 décembre 1998 d'un scrutin d'autodétermination, réservé à un corps électoral restreint composé des « électeurs inscrits sur les listes électorales du territoire à la date de cette consultation et qui y ont leur domicile depuis la date du référendum approuvant la présente loi [6 novembre 1988] ».

Le scrutin d'autodétermination initialement prévu n'a pas eu lieu et les signataires de l'accord de Matignon ont conclu, le 5 mai 1998, l'Accord sur la Nouvelle-Calédonie signé à Nouméa, destiné selon les termes de son préambule, à définir « pour vingt années l'organisation politique de la Nouvelle-Calédonie et les modalités de son émancipation ».

Ce même accord a déterminé au paragraphe 2.2.1 du document d'orientation la composition du corps électoral restreint appelé à élire les membres du congrès et des assemblées de province en prévoyant une condition de domicile de dix ans et en se référant, s'agissant de la notion de domicile, à l'article 2 de la loi du nº 88-1028 du 9 novembre 1989 précitée.

L'accord de Nouméa étant un accord politique, dépourvu d'effet normatif, il a été nécessaire, pour traduire juridiquement les accords de principe qu'il comportait, d'adopter le 20 juillet 1998 la loi constitutionnelle nº 98-610 relative à la Nouvelle-Calédonie qui a inséré dans la Constitution, sous le titre XIII « Dispositions transitoires relatives à la Nouvelle-Calédonie », deux nouveaux articles 76 et 77, puis la loi organique du 19 mars 1999 précitée fixant le statut de la Nouvelle-Calédonie, complétée d'un décret d'application nº 99-250 du 31 mars 1999 relatif aux élections au congrès et aux assemblées de province prévues à l'article 232 de la loi organique du 19 mars 1999 précitée.

L'article 76 de la Constitution, relatif à l'organisation de la consultation des populations de Nouvelle-Calédonie sur l'accord de Nouméa, précise que sont admises à participer à ce scrutin les personnes remplissant les conditions fixées à l'article 2 de la loi du 9 novembre 1989 précitée. L'article 77 de la Constitution prévoit que la loi organique fixant le statut de la Nouvelle-Calédonie doit respecter les orientations définies par l'accord de Nouméa, selon les modalités nécessaires à sa mise en œuvre.

La Cour de cassation en a déduit que l'article 188 de la loi organique du 19 mars 1999 définissant le corps électoral restreint appelé à élire les membres du congrès et des assemblées de province avait valeur constitutionnelle dès lors qu'il reprenait les termes du document d'orientation de l'accord de Nouméa, doté lui-même d'une valeur constitutionnelle par l'effet des dispositions de l'article 77 de la Constitution. Ce principe étant posé, l'Assemblée plénière a affirmé que « la suprématie conférée aux engagements internationaux ne s'appliquant pas dans l'ordre interne aux dispositions de valeur constitutionnelle, le moyen tiré de ce que les dispositions de l'article 188 de la loi organique seraient contraires au Pacte international relatif aux droits civils et politiques et à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales doit être écarté ».

Elle a ainsi clairement consacré la suprématie dans l'ordre interne des normes et dispositions constitutionnelles avec pour conséquence que les restrictions apportées à la composition du corps électoral pour les élections au congrès et aux assemblées de province étant issues des orientations de l'accord de Nouméa, dotées d'une valeur constitutionnelle en vertu de l'article 77 de la Constitution, il n'appartenait pas au juge d'examiner leur conformité avec le Pacte international relatif aux droits civils et

politiques et la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le moyen tiré de l'incompatibilité de l'article 188 de la loi organique du 19 mars 1999 avec ces dispositions étant inopérant.

On peut observer que la solution dégagée par l'arrêt du 2 juin 2000 (pourvoi nº 99-60.274 préc.) concernant la hiérarchie des normes rejoint celle adoptée par le Conseil d'État dans son arrêt du 30 octobre 1998 (CE, 30 octobre 1998, nº 200586, nº 2200287, publié *au Recueil Lebon*).

Saisi de la question de la légalité des dispositions du décret nº 98-733 du 20 août 1998 portant organisation de la consultation des populations de la Nouvelle-Calédonie prévue à l'article 76 de la Constitution et portant sur l'approbation de l'accord de Nouméa, le Conseil d'État a jugé que « si l'article 55 de la Constitution dispose que "les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie", la suprématie ainsi conférée aux engagements internationaux ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelle ».

Toutefois, si les deux plus hautes juridictions de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif se rejoignent pour affirmer que la suprématie conférée aux engagements internationaux ne s'applique pas dans l'ordre interne, aux dispositions de valeur constitutionnelle, la proposition s'inverse dans l'ordre international.

Dans un arrêt du 11 janvier 2005, la Cour européenne des droits de l'homme a ainsi contrôlé, dans l'ordre international, la compatibilité des règles électorales applicables en Nouvelle-Calédonie avec les dispositions de l'article 3 du premier Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH, arrêt du 11 janvier 2005, Py c. France, nº 66289/01). Relevant, notamment, que le statut actuel de la Nouvelle-Calédonie correspondait à une phase transitoire avant l'accession à la pleine souveraineté et s'inscrivait dans un processus d'autodétermination, elle a conclu à l'existence de nécessités locales telles que la restriction du droit de vote incriminée pouvait être considérée comme n'enfreignant pas l'article 3 du Protocole nº 1.

La relativité, dans l'ordre interne et dans l'ordre international, des rapports entre les normes s'explique aisément : alors qu'en droit international, on ne peut se prévaloir d'une norme interne, fût-elle constitutionnelle, pour faire échec à un engagement international, les rapports avec le droit international sont réglés, dans l'ordre interne, d'après les dispositions des articles 54 et 55 de la Constitution qui n'opèrent pas de la même manière selon que la règle interne est constitutionnelle (article 54) ou législative (article 55).

§ II. Conciliation des normes constitutionnelles et internationales

Une série de quatorze arrêts du 6 juillet 2016 de la première chambre civile fournit l'illustration, peu fréquente dans la jurisprudence de la Cour de cassation, d'une confrontation entre la loi française telle qu'elle a été modifiée pour la rendre conforme à la Constitution de 1958 après son examen par le Conseil constitutionnel, et la Convention européenne des droits de l'homme, telle qu'interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme (1re Civ., 6 juillet 2016, pourvoi nº 15-17-346, Bull. 2016, I, nº 156; Rapport 2016, p. 249).

Intervenant au terme d'un contentieux engagé par d'anciens avoués, après la suppression de leur monopole, aux fins d'indemnisation de leurs préjudices, la Cour de cassation se trouvait dans la délicate situation de devoir trancher, le cas échéant, entre deux règles de droit placées au sommet de la hiérarchie des normes : d'une part, la norme constitutionnelle, du moins l'interprétation qu'en a donnée le Conseil constitutionnel, au travers de la loi applicable invoquée par les parties ; d'autre part, la norme conventionnelle, en tout cas l'interprétation de cette norme fournie par la Cour européenne des droits de l'homme.

Le cas échéant, car, en l'absence de conflit entre les deux normes supérieures, l'une et l'autre relatives aux atteintes qui peuvent légalement être portées au droit de propriété, la Cour de cassation n'avait pas à se prononcer sur celle qui devait l'emporter sur l'autre. Elle n'a pas eu à se livrer à cet examen, car l'interprétation qu'elle a donnée de la loi française ne lui a pas paru contraire à la lecture qu'elle a faite de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg.

La loi n° 2011-94 du 25 janvier 2011 portant réforme de la représentation devant les cours d'appel a supprimé le statut d'avoué en abrogeant le monopole de représentation des avoués devant les cours d'appel. Elle a procédé à l'intégration de ceux-ci dans la profession d'avocat et fixé les règles et la procédure d'indemnisation applicables. Avant la réforme de 2011, les avoués tenaient de la loi le droit de proposer leur successeur au garde des sceaux. La cession des offices s'organisant à partir de ce droit de présentation, sa suppression, consécutive à la fin du monopole de postulation, constituait pour eux une perte dont la loi du 25 janvier 2011 précitée prévoyait l'indemnisation. Dans sa rédaction initiale, celle-ci accordait aux avoués l'indemnisation d'autres chefs de préjudice que celui résultant de la perte du droit de présentation : le préjudice de carrière, le préjudice économique et les préjudices accessoires toutes causes confondues. Dans sa décision du 20 janvier 2011, le Conseil constitutionnel a déclaré contraire à la Constitution l'extension de l'indemnisation des avoués à ces autres chefs de préjudice (Cons. const., 20 janvier 2011, n° 2010-624 DC [Loi portant réforme de la représentation devant les cours d'appel]).

De nombreux avoués ont cependant sollicité du juge de l'expropriation, compétent pour connaître de leurs demandes d'indemnisation, l'allocation d'indemnités destinées à réparer ces autres chefs de préjudice. Les juges du fond, puis la Cour de cassation, devaient, pour statuer sur ces demandes et les pourvois subséquents, procéder à l'interprétation de la décision du 20 janvier 2011 dans laquelle le Conseil constitutionnel examine la constitutionnalité de la loi au regard de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, relatif au droit de propriété et des exigences constitutionnelles de bon emploi des deniers publics et d'égalité devant les charges publiques. Ils étaient également conduits à apprécier la régularité de la loi du 25 janvier 2011 précitée au regard de l'article 1er du Protocole n° 1 additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à cette disposition.

Le Conseil constitutionnel a considéré que la suppression du privilège professionnel dont jouissent les avoués ne constitue pas une privation de propriété au sens de l'article 17 de la Déclaration de 1789. Il retient que, en prévoyant la réparation du « préjudice correspondant à la perte du droit de présentation », le législateur a entendu que le préjudice patrimonial subi du fait de la perte du droit de présentation soit intégralement

réparé. En revanche, selon lui, en prévoyant la réparation du préjudice « de carrière », le texte initial de la loi permettait l'allocation d'une indemnité sans lien avec la nature des fonctions d'officier ministériel supprimées.

Ainsi que la Cour de cassation le rappelle, il a également décidé que le préjudice de carrière, le préjudice économique et les préjudices accessoires, toutes causes confondues, initialement prévus par la loi, ne pouvaient être indemnisés, étant purement éventuels, sans que soit méconnue l'exigence de bon emploi des deniers publics et créée une rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques. Selon lui, l'indemnisation du préjudice subi par les avoués du fait de la loi ne saurait permettre l'allocation d'indemnités ne correspondant pas à ce préjudice ou excédant la réparation de celui-ci. Pour qualifier de « purement éventuels » ces différents préjudices, le Conseil constitutionnel a relevé les différentes mesures résultant de la loi du 25 janvier 2011 précitée contribuant à limiter, voire à supprimer, les atteintes patrimoniales portées aux anciens avoués et consécutives à la suppression de leur monopole. Il a notamment considéré que la loi ne supprimait pas l'activité correspondant à la profession d'avoué.

Les arrêts rendus par la première chambre civile de la Cour de cassation sont fondés, en premier lieu, sur la décision du Conseil constitutionnel, dont elle rappelle qu'elle s'impose, en application de l'article 62, alinéa 3, de la Constitution, à toutes les autorités juridictionnelles. La conformité constitutionnelle de la loi du 25 janvier 2011 précitée ayant été rappelée et justifiée, le reproche, adressé par les anciens avoués aux décisions des juges du fond rejetant leur demande d'indemnisation des autres préjudices, devait être examiné au regard du principe de protection de la propriété, tel qu'il est garanti par l'article 1er du Protocole nº 1 additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Les pourvois formés par les anciens avoués étaient également fondés sur ce principe et rien ne permettait d'exclure *a priori* que les mesures adoptées par la loi française et déclarées conformes à la Constitution de 1958 puissent enfreindre la norme conventionnelle.

La Convention, en effet, n'est pas la Constitution ; la loi nationale est soumise à l'une comme à l'autre et le juge français n'est pas moins tenu de faire respecter la première que la seconde. La convergence des principes fixés par ces deux textes, en matière de droit de propriété, réduisait toutefois le risque de conflit.

D'un côté, aux termes de l'article 17 de la Déclaration de 1789, « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité », et, selon l'article 13 de la même Déclaration, « Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable : elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés ». De l'autre, l'article 1er du protocole additionnel nº 1 précité dispose : « Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international » et « les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes ».

Le droit de propriété est ainsi, dans les deux cas, un droit dont le respect est affirmé au sommet de la hiérarchie des normes. Il n'en est pas moins, dans un cas comme dans l'autre, un droit relatif, susceptible de connaître des exceptions fondées sur les mêmes considérations d'intérêt général et subordonnées à la loi.

La superposition des principes et, peut-être davantage, de leur interprétation jurisprudentielle, n'étant pas pour autant assurée, il appartenait à la Cour de cassation, confrontée à une disposition législative dont il était soutenu qu'elle n'était pas conforme à la Convention européenne des droits de l'homme, de procéder à l'appréciation de sa régularité de ce chef.

Les arrêts du 6 juillet 2016 précités ne se bornent pas à interpréter et à appliquer l'article 1er du Protocole additionnel. Après avoir rappelé qu'aux termes de la deuxième phrase de ce texte, nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international, ils se fondent sur l'interprétation par la Cour de Strasbourg de cette disposition.

Dans un arrêt de grande chambre (CEDH, arrêt du 29 mars 2006, Scordino c. Italie, no 36813/97), la Cour européenne des droits de l'homme a fixé les lignes du raisonnement qui doit être suivi pour évaluer la légitimité des mesures d'ingérence emportant privation de propriété. Ainsi que le rappelle la première chambre civile de la Cour de cassation, la Cour européenne considère que la mesure d'ingérence emportant privation de propriété doit être justifiée au regard de l'article 1er et qu'elle doit ménager un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu. En particulier, il doit exister un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé par toute mesure privant une personne de sa propriété, cet équilibre étant rompu si la personne concernée a eu à subir une charge spéciale et exorbitante. Elle rappelle que, selon la Cour de Strasbourg, sans le versement d'une somme raisonnablement en rapport avec la valeur du bien, une privation de propriété constitue, en principe, une atteinte excessive. La même Cour précise qu'un défaut total d'indemnisation ne saurait se justifier, en application de l'article 1er du Protocole no 1, que dans des circonstances exceptionnelles, ajoutant que cette disposition ne garantit pas dans tous les cas le droit à une réparation intégrale. Enfin, la Cour de cassation cite la règle affirmée par la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt « Scordino c. Italie » précité et son arrêt du 11 avril 2002, « Lallement c. France » selon laquelle des objectifs légitimes d'utilité publique, tels que ceux que poursuivent des mesures de réforme économique ou de justice sociale, peuvent militer pour un remboursement inférieur à la pleine valeur marchande du bien (CEDH, arrêt du 11 avril 2002, Lallement c. France, no 46044/99).

C'est au terme d'un contrôle précis des éléments relevés par les juges du fond de nature à établir la régularité de la mesure d'ingérence contestée que la première chambre civile a approuvé la décision de ceux-ci de rejeter les demandes des anciens avoués.

Elle a considéré que la cour d'appel avait recherché si la suppression du monopole de représentation des avoués devant les cours d'appel avait ménagé un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu, en ne faisant pas peser sur les personnes intéressées de charge disproportionnée. La Cour de cassation a jugé qu'au regard des objectifs d'utilité publique de simplification de la procédure et de réduction de son coût poursuivis par la réforme de la représentation devant les cours d'appel, la suppression du monopole

de représentation des avoués prévue par la loi du 25 janvier 2011 précitée constituait une mesure d'ingérence justifiée dans le droit au respect des biens, dès lors qu'elle présentait un caractère proportionné au regard de l'article 1er du Protocole nº 1 additionnel à la Convention.

Comme à chaque fois qu'un juge national interprète et fait application d'une norme de la Convention européenne des droits de l'homme à une situation qui n'a pas été, précisément, examinée par la Cour de Strasbourg, un risque est pris, qui expose l'État contractant en cause à une condamnation de celle-ci. Ce risque est inhérent au système de la Convention européenne des droits de l'homme et le demeurera, même après l'entrée en vigueur, le 1er août 2018, du Protocole nº 16 à la Convention, qui autorise les plus hautes juridictions d'un État contractant à adresser à la Cour européenne des droits de l'homme des demandes d'avis consultatifs sur les dispositions de la Convention.

La Cour de cassation a, en effet, jugé que « les États adhérents à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation » (Ass. plén., 15 avril 2011, pourvoi nº 10-30.316, *Bull. crim.* 2011, Ass. plén., nº 4).

Dans le contentieux de l'indemnisation des avoués, deux risques étaient encourus : celui de l'appréciation de la régularité de la loi française, par la Cour de cassation, au regard de normes potentiellement contradictoires, issues de la jurisprudence du Conseil constitutionnel et de la Cour de Strasbourg et relatives au droit de propriété, tel qu'il est garanti par la Constitution de 1958 et par l'article 1er du Protocole nº 1 additionnel à la Convention et celui de la divergence d'interprétation de ce dernier texte par la Cour de cassation et la Cour européenne.

Aucun des deux ne semble s'être réalisé. Par ses arrêts du 6 juillet 2016, la Cour de cassation a constaté la convergence des normes jurisprudentielles constitutionnelle et conventionnelle. Et la Cour européenne des droits de l'homme, par une série de décisions du 13 juillet 2017, a récemment déclaré irrecevables, comme étant manifestement mal fondées, au sens de l'article 35, § 3 a, de la Convention, des requêtes afférentes aux mêmes arrêts, dans la mesure où les faits dénoncés par les requérants ne révélaient aucune apparence de violation des droits et libertés énumérés dans la Convention ou ses Protocoles.

TITRE 2. LE CONTRÔLE DE VALIDITÉ DE LA NORME

Le contrôle de légalité des normes ne relève pas naturellement du rôle du juge judiciaire. Le principe de séparation des pouvoirs, qui trouve son origine dans les lois des 16 et 24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III, lui interdit normalement de juger les actes de l'administration tout comme les actes du législateur. Le contrôle de la légalité des actes administratifs avait ainsi été confié à un ordre juridictionnel particulier. Quant au contrôle de la loi, il appartient, sous la ve République, au Conseil constitutionnel. Dans le schéma initial, le juge est le serviteur de la loi.

La place assignée aux normes internationales dans l'ordre interne conjuguée à la montée en puissance des droits fondamentaux ont bouleversé l'équilibre institutionnel. Le juge judiciaire exerce désormais un contrôle sur les actes administratifs (chapitre 1) et, surtout, il est devenu le censeur de la loi (chapitre 2).

Chapitre 1. Le contrôle des actes administratifs

Le juge pénal joue depuis longtemps un rôle particulier dans le contrôle des actes administratifs que le législateur a consacré dans le nouveau code pénal dès lors que de l'examen de l'acte administratif (interprétation ou légalité) dépend la solution du procès pénal qui lui est soumis (section 2). Au-delà de la matière pénale, ce rôle s'est considérablement renforcé et étendu à la faveur du contrôle de conventionnalité, notamment sur le fondement du droit de l'Union européenne (section 1).

Section 1. Le contrôle des actes administratifs au regard du droit de l'Union européenne

Le contrôle peut naturellement emprunter la voie de l'exception d'illégalité des actes administratifs, et la chambre criminelle de la Cour de cassation a été conduite à rappeler que les juges du fond, en l'espèce saisis de poursuites du chef d'importation de médicaments vétérinaires sans autorisation, devaient examiner eux-mêmes, comme l'article 111-5 du code pénal l'exige, le bien-fondé de l'exception d'illégalité du décret dont étaient issus les textes du code de la santé publique applicables en la cause (Crim., 17 décembre 2014, pourvoi n° 13-86.686, *Bull. crim.* 2014, n° 279). Mais le plus souvent, puisque la primauté et l'effet direct du droit de l'Union ne sauraient être écartés au prétexte que la loi interne est de nature pénale (CJCE, arrêt du 21 mars 1972, SAIL, C-82/71, énonçant que « l'efficacité du droit communautaire ne saurait varier selon les différents domaines du droit national à l'intérieur desquels il peut faire sentir ses effets »), il est soutenu comme moyen de défense que le droit interne, antérieur ou postérieur, ne peut réprimer ce que le droit de l'Union autorise, de sorte que la poursuite pénale est privée de base légale, le texte pénal n'ayant plus d'objet en la cause. La Cour de cassation, qui a posé pour principe qu'il appartient au juge répressif d'écarter l'application d'un texte d'incrimination de droit interne lorsque ce dernier méconnaît une disposition du Traité des Communautés européennes ou un texte pris pour l'application de celui-ci (par exemple : Crim., 18 septembre 1997, pourvoi n° 93-80.109, *Bull. crim.* 1997, n° 305), est alors conduite à dire si l'incrimination est compatible avec le droit de l'Union, cette appréciation de la compatibilité pouvant la conduire à devoir poser une question préjudicielle et, en tout état de cause, à prendre en compte la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, interprète du droit de l'Union, étant observé qu'une relaxe ne peut être prononcée au motif que le règlement européen, auquel renvoie le texte d'incrimination, serait par sa nature et sa structure difficilement intelligible (Crim., 22 mars 2016, pourvoi n° 15-80.944, *Bull. crim.* 2016, n° 96).

Tenue de faire respecter le principe de primauté du droit de l'Union européenne, la chambre sociale de la Cour de cassation, avant même l'arrêt « SCEA du Chéneau »

du Tribunal des conflits (Tribunal des conflits, 17 octobre 2011, nº C3828-3829, publié au *Recueil Lebon*), s'est reconnu le pouvoir de contrôler la légalité d'actes administratifs au regard du droit communautaire.

Ainsi, par exemple, la mise à la retraite du personnel d'EDF est régie, en particulier, par le décret nº 54-50 du 16 janvier 1954 portant règlement d'administration publique pour l'application aux personnels des entreprises minières et assimilées visées par l'article 5 du décret du 9 août 1953 relatif au régime des retraites des personnels de l'État et des services publics. Dans un arrêt du 16 février 2011, la chambre sociale a cassé l'arrêt d'une cour d'appel, pour avoir rejeté la demande d'un salarié d'EDF de nullité de sa mise à la retraite à l'âge de soixante ans en application de ces dispositions, alors en vigueur, sans constater que, pour la catégorie d'emploi de ce salarié, la différence de traitement fondée sur l'âge était objectivement et raisonnablement justifiée par un objectif légitime et que les moyens pour réaliser cet objectif étaient appropriés et nécessaires (Soc., 16 février 2011, pourvoi nº 09-72.061, *Bull.* 2011, V, nº 52). La cassation a été prononcée au visa de l'article 6, § 1, de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, laquelle prohibe notamment les discriminations en raison de l'âge. L'application des dispositions réglementaires en cause, incompatibles avec le droit de l'Union européenne, a ainsi été écartée.

La chambre sociale avait procédé de même s'agissant de la mise à la retraite à l'âge de soixante ans d'une salariée de l'Opéra de Paris, conformément aux dispositions de l'article 6 du décret nº 68-382 du 5 avril 1968 portant statut de la caisse de retraites des personnels de l'Opéra national de Paris, modifié le 16 octobre 1980, (Soc., 11 mai 2010, pourvoi nº 08-43.681, *Bull.* 2010, V, nº 105), cette mesure constituant également une discrimination à raison de l'âge. Il est remarquable que, dans cet arrêt, la cassation soit prononcée au visa de l'article 6 de la directive 2000/78/CE précitée, sur un moyen soutenu pour la première fois devant la Cour de cassation – la question de l'incompatibilité de l'acte administratif avec le droit de l'Union européenne n'ayant pas été évoquée devant la cour d'appel – mais déclaré recevable comme étant de pur droit.

Une solution identique a été appliquée en ce qui concerne la demande d'intégration au statut des cadres permanents de la SNCF, en application de l'accord national sur les trente-cinq heures du 7 juin 1999 devenu le RH 060 et désormais intégré au statut réglementaire des agents de la SNCF, subordonnant l'admission au statut des cadres permanents à la condition de n'avoir pas atteint l'âge de quarante ans (Soc., 26 novembre 2013, pourvoi nº 12-18.317, *Bull.* 2013, V, nº 284). L'arrêt de la cour d'appel qui avait jugé que cette condition ne constitue pas une discrimination par l'âge dès lors que l'accord a été librement négocié avec les organisations syndicales représentatives des cheminots et signé par elles et que la SNCF a respecté le statut des relations collectives qui est un texte à valeur réglementaire, a été cassé, de tels motifs étant déclarés inopérants. Il appartenait à la cour d'appel de rechercher si la différence de traitement fondée sur l'âge était objectivement et raisonnablement justifiée par un objectif légitime et que les moyens pour réaliser cet objectif étaient appropriés et nécessaires, l'application de la directive communautaire 2000/78/CE précitée consacrant un principe général du droit de l'Union – ainsi que le décide la Cour de justice de l'Union européenne (CJCE, arrêt du 22 novembre 2005, Mangold, C-144/04; CJUE, arrêt du 19 janvier 2010, Kücükdeveci, C-555/07) – devant être faite d'office par les juges du fond.

Plus récemment, dans un arrêt du 21 septembre 2017, la chambre sociale a été conduite à écarter l'application des notes du département de gestion et innovation sociales de la RATP des 20 décembre 2000 et 20 juin 2005 et des articles 58 et 71, alinéa 3, du statut du personnel relatifs à l'écrêtement des congés payés et aux reports en cas de maladie de l'agent, incompatibles avec l'article 7, § 1, de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, laquelle impose aux États membres de prendre les mesures nécessaires pour que tout travailleur bénéficie d'un congé annuel payé d'au moins quatre semaines (Soc., 21 septembre 2017, pourvoi n° 16-24.022, publié au *Bulletin*). En effet, s'agissant de la question du report de ces congés payés non pris, la Cour de justice de l'Union européenne a jugé, dans un arrêt du 22 novembre 2011 (CJUE, arrêt du 22 novembre 2011, KHS, C-214/10), que « toute période de report doit dépasser substantiellement la durée de la période de référence pour laquelle elle est accordée » et a retenu la validité d'une période de report de quinze mois lorsque la période de référence pour l'acquisition des droits à congés payés est d'une année. L'arrêt de la cour d'appel qui avait retenu que la durée de report des congés payés pendant un an instituée au sein de la RATP était insuffisante au regard de la directive 2003/88/CE précitée, dans la mesure où elle ne dépassait pas substantiellement la période de référence, et avait condamné la RATP à régulariser la situation des salariés sans prévoir aucune limite de report, le juge ne pouvant se substituer au pouvoir réglementaire, a dès lors été approuvé.

Section 2. Le contrôle des décisions administratives par le juge pénal

Le contrôle de validité s'est exercé tout particulièrement à l'égard des décisions prises dans le contexte de l'état d'urgence (§ I) et des décisions ayant pour objet la fermeture hebdomadaire des commerces (§ II).

§ I. La légalité des décisions administratives prises dans le cadre de l'état d'urgence

Le « nouveau » code pénal a consacré la compétence des juridictions pénales pour apprécier la légalité des actes administratifs, réglementaires ou individuels, lorsque la solution du litige qui leur est soumis dépend de cet examen. L'article 111-5 du code pénal adoptait ainsi une solution claire et efficace qui, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, affirmait qu'il n'y avait pas lieu à question préjudicielle au juge administratif, juge naturel de la légalité des actes administratifs. La solution retenue par le législateur mettait un terme aux divergences entre la chambre criminelle de la Cour de cassation et le Tribunal des conflits.

Les pouvoirs exorbitants du droit commun conférés à l'autorité administrative par la proclamation, le 14 novembre 2015, de l'état d'urgence et sa prolongation par cinq lois successives à compter de celle du 20 novembre 2015, ont permis à la chambre criminelle de la Cour de cassation, saisie de pourvois portant sur la validité de décisions de perquisitions ordonnées par des préfets ou encore de la régularité d'arrêtés d'assignation à résidence pris par le ministre de l'intérieur, de donner toute sa portée à l'article 111-5 du code pénal et d'esquisser une méthode de contrôle de la légalité de ces actes administratifs à l'usage des juges du fond.

C'est ainsi que, par deux arrêts du 13 décembre 2016 (Crim., 13 décembre 2016, pourvoi nº 16-84.794, *Bull. crim.* 2016, nº 338, *Rapport* 2016, p. 277 ; Crim., 13 décembre 2016, pourvoi nº 16-82.176, *Bull. crim.* 2016, nº 340, *D.* 2017, p. 275, note J. Pradel ; *JCP* 2017, éd. G., II, p. 206, note J.-H. Robert ; *AJ Pénal* 2017, p. 30, note T. Herran et M. Lacaze), la chambre criminelle de la Cour de cassation a affirmé le pouvoir du juge pénal de contrôler sur le fondement de l'article 111-5 du code pénal, la légalité de l'ordre d'un préfet de procéder à une perquisition lorsqu'il conditionne la régularité d'actes d'enquête subséquents.

Dans la première espèce, le préfet du Rhône avait ordonné, le 15 novembre 2015, une perquisition des habitations ou locaux se trouvant dans deux rues d'une agglomération de la banlieue lyonnaise où étaient susceptibles de se trouver des personnes, armes ou objets étant liés à des activités à caractère terroriste. La perquisition était réalisée de nuit, le lendemain, et conduisait à la découverte d'un important stock d'armes et de munitions qui étaient saisies par l'officier de police judiciaire présent sur les lieux. Mis en examen pour infraction à la législation sur les armes et association de malfaiteurs, l'occupant des lieux présentait une requête en annulation de cette opération de police arguant de l'illégalité de la décision du préfet. La chambre de l'instruction écartait cette exception retenant que, aux termes de l'article 111-5 du code pénal, « le contrôle de l'acte administratif par le juge pénal ne s'exerçant que lorsque l'illégalité prétendue aurait pour effet d'enlever aux faits leur caractère punissable, le juge pénal ne peut apprécier que la légalité de l'acte administratif pénalement sanctionné dans le cadre du litige qui lui est soumis ». Les juges du fond s'inscrivaient dans la perspective qui avait présidé à la conception de l'article 111-5 du code pénal : permettre au juge pénal de contrôler la légalité de l'acte administratif pénalement sanctionné ou, qui, sans être pénalement sanctionné, conditionne l'application de la disposition pénale ainsi que celle des actes administratifs invoqués à titre de moyen de défense. La Cour de cassation devait censurer la cour d'appel et affirmer fermement que, le juge pénal étant compétent pour apprécier la légalité d'un acte administratif lorsque la solution du litige en dépend, « il en va ainsi lorsque de la régularité de ces actes dépend celle de la procédure ». La Cour de cassation posait ainsi une interprétation qui s'imposait pour garantir le droit à la personne poursuivie à une procédure équitable. Ainsi que le soulignait l'avocat général Frédéric Desportes, la solution inverse soutenue par le procureur général auteur du pourvoi « ne paraît pas compatible avec le droit au procès équitable et le droit au respect de la vie privée proclamés par les articles 16 et 2 de la Déclaration de 1789 et 6 et 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme » (*JCP* éd. G, 2017, II, p. 141). Il n'était guère possible de soutenir que la décision du préfet de faire procéder à une perquisition administrative était étrangère à la procédure judiciaire et aux actes qui s'en sont suivis et, notamment, la saisie en flagrance justifiée par la découverte d'armes. La régularité des opérations de police administrative puis la bascule dans le judiciaire par l'ouverture d'une procédure incidente impliquent nécessairement la régularité de la décision initiale du préfet qui, seule, a permis une entrée dans le domicile. À défaut, la saisie subséquente qui n'aurait pu autrement être opérée ne peut qu'être annulée. L'interprétation novatrice de la Cour de cassation est permise par les termes mêmes du texte de l'article 111-5 du code pénal qui sont particulièrement larges. Ceux-ci posent une seule condition : la solution du litige doit dépendre du contrôle de l'acte administratif litigieux. Ainsi, au contraire, point n'est besoin d'examiner la régularité de la décision du préfet, pour valider la saisie en flagrance de produits

illicites jetés par la fenêtre de l'appartement à l'occasion d'une perquisition administrative et découverts par les fonctionnaires de police (Crim., 24 janvier 2017, pourvoi n° 16-85.577). En visant également l'article préliminaire du code de procédure pénale qui dispose, en son alinéa 8, que « les mesures de contrainte dont la personne suspectée ou poursuivie peut faire l'objet sont prises sur décision ou sous le contrôle effectif de l'autorité judiciaire », la chambre criminelle de la Cour de cassation vient rappeler au juge pénal combien son office impose qu'il exerce la plénitude des prérogatives ainsi définies de l'article 111-5 du code pénal sans lesquelles le mis en examen serait privé d'une garantie de procédure essentielle.

De la même manière, lorsque, plus classiquement, la chambre criminelle a été saisie du contrôle de la légalité par le juge pénal d'un arrêté d'assignation à résidence pris dans le cadre de la législation sur l'état d'urgence par le ministre de l'intérieur, acte administratif pénalement sanctionné, elle a « adossé » les prérogatives de l'article 111-5 du code pénal à celles de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. L'arrêt du 3 mai 2017 énonce ainsi : « le droit à la sûreté garanti par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen commande au juge pénal, lorsqu'il envisage, dans un cas prévu par la loi, de prononcer une peine privative de liberté à l'encontre d'une personne poursuivie au seul motif qu'elle s'est soustraite à l'exécution d'un acte administratif la concernant, de s'assurer préalablement que l'obligation dont la violation est alléguée était nécessaire et proportionnée » (Crim., 3 mai 2017, pourvoi n° 16-86.155, *Bull. crim.* 2017, n° 133 ; *Gaz. Pal.* 2017, n° 27, p. 69, note F. Fourment).

L'examen de ces pourvois a également permis à la chambre criminelle d'indiquer aux juges du fond comment exercer leur contrôle. Elle a censuré une cour d'appel qui s'était limitée au contrôle formel de l'existence d'une motivation d'arrêtés d'assignation à domicile. Dès lors que les prévenus contestaient précisément certains points retenus par le ministre pour établir que leur comportement constituait une menace pour la sécurité et l'ordre publics, il appartenait aux juges de répondre à ces griefs sans faire peser uniquement sur les intéressés la charge de la preuve. Les juges se devaient de solliciter, « le cas échéant, le ministère public afin d'obtenir de l'autorité administrative les éléments factuels sur lesquels celle-ci s'était fondée pour prendre sa décision » (Crim., 3 mai 2017, pourvoi n° 16-86.155 préc.). La chambre criminelle de la Cour de cassation a, ainsi, veillé à ce que le juge judiciaire n'exerce pas un contrôle moindre que celui imposé au juge administratif par un arrêt du Conseil d'État du 11 décembre 2015 (CE, 11 décembre 2015, n° 395009, publié au *Recueil Lebon*). De même, un arrêt du 28 novembre 2017 (Crim., 28 novembre 2017, pourvoi n° 17-83.369) a-t-il souligné l'obligation pour le juge judiciaire de vérifier si l'ordre de perquisition pris sous l'empire de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, issue de l'ordonnance n° 60-372 du 15 avril 1960, répondait à l'exigence de motivation posée par l'article L. 211-2 du code des relations entre le public et les administrations et, surtout, de nécessité et de proportionnalité au regard des circonstances particulières ayant conduit à la déclaration de l'état d'urgence, ainsi que l'avait jugé le Conseil constitutionnel dans la décision n° 2016-567/568 QPC du 23 septembre 2016 (Cons. const., 23 septembre 2016, décision n° 2016-567/568 QPC, M. Georges F. et autre [Perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence II]. Tel était le cas de la décision prise par le préfet le 19 novembre 2015, peu de jours après les attentats de Paris, d'opérer une perquisition dans un quartier d'une agglomération urbaine, connu pour ses risques de dérives communautaires ou de radicalisation ainsi que pour être le siège de trafic

de produits stupéfiants. Dans des situations où des juridictions du fond avaient estimé les décisions préfectorales insuffisamment motivées, la plupart du temps pour n'avoir fait référence à aucun événement factuel, fût-il sommaire, la chambre criminelle, qui constatait, elle, qu'étaient visées des circonstances dont il se déduisait une menace pour la sécurité et l'ordre publics, entrait en voie de cassation au motif que, dans une telle situation, les juges du fond ne pouvaient prononcer une annulation de la décision administrative sans avoir sollicité « le ministère public afin d'obtenir de l'autorité préfectorale les éléments factuels sur lesquels celle-ci s'était fondée pour prendre sa décision » (Crim., 28 mars 2017, pourvois n° 16-85.073 et n° 16-85.072, *Bull. crim.* 2017, n° 88).

§ II. La légalité des décisions administratives de fermeture hebdomadaire des commerces

La législation sur la fermeture hebdomadaire des commerces offre un exemple singulier du rôle normatif qu'exerce la chambre criminelle de la Cour de cassation dans un domaine sensible se situant au croisement du droit du travail et du droit de la concurrence.

L'article L. 3132-29, anciennement L. 221-17, du code du travail dispose que, lorsqu'un accord est intervenu entre les organisations syndicales de salariés et les organisations d'employeurs d'une profession et d'une zone géographique déterminées sur les conditions dans lesquelles le repos hebdomadaire est donné aux premiers, le préfet peut, sur la demande des syndicats intéressés, ordonner, par arrêté, la fermeture au public des établissements de la profession ou de la zone géographique concernée, pour la durée de ce repos.

Le non-respect des prescriptions d'un arrêté préfectoral pris en application de cet article est incriminé à l'article R. 3135-2 du même code, qui édicte une contravention de la cinquième classe, donnant lieu à autant d'amendes qu'il y a de salariés illégalement employés, et la chambre criminelle a posé pour principe qu'une infraction à un tel arrêté ne peut être poursuivie que sur le fondement de ce texte spécial, et non sur celui de l'article R. 610-5 du code pénal, qui punit de la simple amende prévue pour les contraventions de la première classe le manquement aux obligations édictées par les décrets et arrêtés de police ; il s'agit d'une règle de compétence d'ordre public, dont la violation doit, le cas échéant, être relevée d'office par le juge (Crim., 1er juillet 1997, pourvoi n° 96-83.433, *Bull. crim.* 1997, n° 261 ; Crim., 6 septembre 2016, pourvoi n° 14-85.205, *Bull. crim.* 2016, n° 232).

Mais l'originalité du rôle normatif que joue la chambre criminelle en la matière tient surtout au contrôle qu'elle exerce sur les décisions des juges du fond appréciant, par voie d'exception, la légalité des arrêts préfectoraux pris en application de l'article L. 3132-29 du code du travail.

Ce contrôle s'exerce en effet dans un dialogue ancien et fécond avec les autres juridictions suprêmes ayant à connaître, comme juge de cassation, de la légalité de ces arrêtés, à savoir, d'une part, le Conseil d'État, s'agissant des recours pour excès de pouvoir exercés contre de tels actes ou, lorsque le délai de recours contentieux est expiré, contre les décisions en refusant l'abrogation, d'autre part, la chambre sociale de la Cour de cassation, s'agissant des actions exercées devant la juridiction civile, notamment par voie de référé, aux fins de faire respecter, par un concurrent ou un employeur,

les prescriptions d'un arrêté de fermeture ou d'obtenir la réparation du préjudice résultant de sa méconnaissance.

Le juge constitutionnel, saisi par la chambre sociale d'une question prioritaire relative à la conformité de l'article L. 3132-29 du code du travail aux droits et libertés que la Constitution garantit (Soc., 26 octobre 2010, QPC n° 10-40.036, *Bull.* 2010, V, n° 4), a lui-même contribué à ce dialogue, par sa décision QPC du 21 janvier 2011 (Cons. const., 21 janvier 2011, décision n° 2010-89 QPC, Société Chaud Colatine [Arrêté de fermeture hebdomadaire de l'établissement]), en écartant le grief pris d'une atteinte à la liberté d'entreprendre, par des motifs qui consacrent la jurisprudence des juges administratif et judiciaire. Le Conseil constitutionnel a en effet considéré, d'une part, que la disposition incriminée répond à un motif d'intérêt général, en ce qu'elle vise à assurer l'égalité entre les établissements d'une même profession, quelle que soit leur taille, au regard du repos hebdomadaire, d'autre part, que l'atteinte qu'elle porte à la liberté d'entreprendre n'est pas disproportionnée à l'objectif ainsi poursuivi en ce que l'arrêté préfectoral de fermeture ne peut être pris qu'en cas d'accord émanant de la majorité des organisations syndicales de salariés et des organisations d'employeurs, qu'il ne peut concerner que les établissements qui exercent une même profession au sein d'une zone géographique déterminée et qu'il appartient à l'autorité administrative d'apprécier à tout moment si elle doit maintenir cette réglementation et, dans la négative, notamment si une majorité le réclame, de l'abroger.

La participation de la chambre criminelle à l'élaboration d'une jurisprudence largement partagée par les deux ordres de juridiction, et consacrée par le juge constitutionnel, a porté, notamment, sur les quatre points suivants.

A. La notion de « profession déterminée »

Sur la notion de « profession déterminée », la chambre criminelle a, par un arrêt du 16 mars 2010, suscité une évolution de jurisprudence en écartant le moyen pris de ce que les commerces multiples, fussent-ils à prédominance alimentaire, constituent une catégorie professionnelle propre n'entrant pas dans le champ d'application d'un arrêté préfectoral prescrivant la fermeture hebdomadaire des établissements et parties d'établissement vendant au public des denrées alimentaires au détail. L'arrêt énonce ainsi que, en elle-même, « la vente au détail de denrées alimentaires constitue une profession déterminée au sens de l'article L. 3132-29 du code du travail, lequel a pour objet de garantir sur le fondement d'un accord professionnel une concurrence équilibrée entre les établissements ayant une activité commune » (Crim., 16 mars 2010, pourvoi n° 08-88.418, *Bull. crim.* 2010, n° 51).

La chambre sociale de la Cour de cassation a fait sienne cette conception par un arrêt du 17 octobre 2012, qui, après avoir énoncé « qu'exercent la même profession au sens de l'article L. 3132-29 du code du travail les établissements dans lesquels s'effectue à titre principal ou accessoire, la vente au détail de produits alimentaires », retient « qu'ayant relevé […] que les sociétés T… et Z… exploitaient des supermarchés dont l'activité prédominante était la vente au détail de produits alimentaires, ce dont il résultait qu'elles entraient dans le champ d'application de l'arrêté préfectoral conçu en termes généraux visant tous les établissements ou parties d'établissements vendant au détail de l'alimentation générale […], la cour d'appel a pu décider que la légalité de

l'arrêté préfectoral […] n'était pas sérieusement contestable» (Soc., 17 octobre 2012, pourvoi nº 11-24.315, *Bull.* 2012, V, nº 266).

Le Conseil d'État s'est lui-même rallié à cette solution, à l'invitation de son rapporteur public, par un arrêt du 20 février 2013, en considérant que «eu égard à la nature des produits qu'ils distribuent et au risque de déplacement de chiffre d'affaires en cas d'application de règles de fermeture différentes, les commerces de détail alimentaire ainsi que ceux au sein desquels la vente de produits alimentaires est prédominante pouvaient […] être regardés comme constituant une même profession, quel que soit, au regard de la diversité des produits qu'ils proposent à la vente, leur caractère, spécialisé ou généraliste» (CE, 20 février 2013, nº 336594, publié au *Recueil Lebon*, concl. A. Lallet).

La chambre criminelle de la Cour de cassation a encore fait application récemment de cette jurisprudence par un arrêt du 9 janvier 2018 (Crim., 9 janvier 2018, pourvoi nº 15-85.274, publié au *Bulletin*).

B. L'articulation des législations sur le repos dominical des salariés et la fermeture hebdomadaire des commerces

La chambre criminelle juge de longue date que les infractions à ces deux législations, lorsqu'elles sont commises concomitamment, doivent être réprimées distinctement car elles comportent des éléments constitutifs spécifiques (Crim., 17 juillet 1986, pourvoi nº 85-96.478, *Bull. crim.* 1986, nº 237 ; Crim., 25 novembre 1997, pourvoi nº 96-86.297, *Bull. crim.* 1997, nº 401 ; Crim., 11 janvier 2000, pourvoi nº 98-87.599, *Bull. crim.* 2000, nº 14; Crim., 16 mars 2010, pourvoi nº 08-88.418, préc.).

La chambre sociale a confirmé que les deux législations ont vocation à s'appliquer concurremment en jugeant, par son arrêt du 17 octobre 2012 (pourvoi nº 11-24.315 préc.), que «l'article L. 3132-29 du code du travail […] n'a ni pour objet, ni pour effet de déroger au principe fondamental du repos dominical, pour lequel les seules dérogations possibles sont celles prévues par la loi» et, par un arrêt du 11 mai 2017, que «le fait qu'un établissement visé par un arrêté préfectoral de fermeture soit autorisé […] à donner le repos hebdomadaire par roulement, ne fait pas obstacle à la fixation d'un jour de fermeture hebdomadaire» (Soc., 11 mai 2017, pourvoi nº 15-25.195, publié au *Bulletin*).

Le Conseil d'État s'est prononcé dans le même sens en retenant, dans son arrêt du 20 février 2013 (nº 336594 préc.), que l'arrêté préfectoral de fermeture hebdomadaire attaqué n'avait «ni pour objet ni pour effet d'imposer aux établissements et à leurs salariés que le repos hebdomadaire soit pris un jour particulier de la semaine» de sorte que la cour administrative d'appel avait pu «sans erreur de droit, juger […] que cet arrêté ne pouvait méconnaître […] les dispositions du code du travail relatives au repos dominical».

Par un arrêt du 9 janvier 2018 (pourvoi nº 15-85.274, préc.), la chambre criminelle a elle-même jugé que, ni la règle du repos dominical des salariés, ni la circonstance qu'un commerce puisse être autorisé à y déroger en application d'autres dispositions du code du travail, ne font obstacle à ce que, dans l'arrêté pris en application de l'article L. 3132-29 dudit code, le préfet laisse le choix entre le dimanche et un autre jour pour la fermeture hebdomadaire des commerces de la profession concernée, cette législation s'appliquant indépendamment des règles relatives au repos hebdomadaire des salariés.

C. La notion de « modalité d'application » des règles de fermetures hebdomadaires

La chambre criminelle a longtemps jugé que l'article L. 221-17, devenu L. 3132-29, du code du travail n'autorisait pas le préfet à prévoir des dérogations aux fermetures qu'il prescrit, de sorte qu'était tenue pour illégale, comme portant atteinte à l'égalité que la loi a voulu maintenir entre les membres d'une même profession, la disposition de l'arrêté rendant possibles de telles dérogations. En raison du caractère indivisible des dispositions d'un tel arrêté, l'acte était regardé comme illégal en sa totalité (Crim., 13 novembre 1985, pourvoi nº 84-92.350, *Bull. crim.* 1985, nº 352 ; Crim., 18 octobre 1988, pourvoi nº 87-91.994, *Bull. crim.* 1988, nº 355 ; Crim., 30 octobre 1989, pourvoi nº 88-81.470, *Bull. crim.* 1989, nº 387).

Cette analyse était conforme à une jurisprudence du Conseil d'État selon laquelle l'arrêté préfectoral, qui prévoit des dérogations individuelles aux fermetures hebdomadaires qu'il prescrit, « ne peut trouver de fondement légal dans l'article L. 221-17 du code [du travail] qui n'autorise pas le préfet à prévoir des dérogations aux mesures de fermeture qu'il prend ; que cet arrêté doit donc être regardé comme entaché d'illégalité et ce pour l'ensemble de ses dispositions, eu égard à leur caractère indivisible » (CE, 2 mars 1992, nº 98654, publié au *Recueil Lebon* ; CE, 1er février 1985, nº 54476, mentionné au *Recueil Lebon*).

Par la suite, la chambre criminelle a approuvé l'arrêt d'une cour d'appel jugeant que le choix du jour de fermeture hebdomadaire, laissé par un arrêté préfectoral aux commerçants concernés, n'équivalait pas à instaurer des dérogations à la règle fixée mais en constituait « une simple modalité d'application » (Crim., 19 novembre 1991, pourvoi nº 91-81.095, *Bull. crim.* 1991, nº 419).

Le Conseil d'État a lui-même précisé, dans un arrêt du 6 mars 2002, que « si la règle de fermeture au public des établissements de la profession ou de la région concernées, édictée par le préfet […], ne peut légalement être assortie de possibilités de dérogation individuelle, elle peut, en revanche, prévoir dans ses modalités d'application des exceptions applicables à tous les établissements remplissant les conditions qu'elle énonce » (CE, 6 mars 2002, nº 217459). Ainsi, après avoir censuré, pour erreur de droit, l'arrêt de la cour administrative d'appel frappé de pourvoi, le Conseil, réglant l'affaire au fond, a retenu que, en l'espèce, « l'arrêté attaqué ne prévoit aucune possibilité de dérogation individuelle aux fermetures qu'il prescrit ; que les exceptions à la règle de la fermeture dans toute l'étendue du département du 1er juillet au 15 septembre et, dans certaines communes de montagne, entre le 1er décembre et le 1er mai, sont applicables à toutes les entreprises qui en remplissent les conditions et constituent des modalités d'application de la règle que le préfet était compétent pour édicter ».

Dans le même sens, la chambre criminelle a récemment jugé, par un arrêt du 9 janvier 2018 (pourvoi nº 15-85.274, préc.), que la disposition d'un arrêté préfectoral, permettant aux commerçants exerçant dans des galeries marchandes de prendre comme jour de fermeture hebdomadaire celui pratiqué par la galerie, ne constitue pas une dérogation individuelle illégale à la règle générale de fermeture fixée par ledit arrêté, mais une modalité d'application de cette dernière en rapport avec son objet, qui est d'assurer une égalité entre les établissements d'une même profession au regard de la concurrence.

D. La justification d'une volonté majoritaire des professionnels concernés par l'accord fondant l'arrêté préfectoral

Enfin, avant même que le Conseil constitutionnel ne l'énonce dans sa décision QPC nº 2010-89 du 21 janvier 2011, précitée, le Conseil d'État et les chambres sociale et criminelle de la Cour de cassation jugeaient de manière ancienne et constante que l'accord conclu entre syndicats d'employeurs et de travailleurs, sur la base duquel peut être pris l'arrêté préfectoral de fermeture hebdomadaire, doit correspondre à « la volonté de la majorité indiscutable » de tous ceux qui, dans le département, exercent la profession concernée (CE, 23 avril 1980, nº 04375, publié au *Recueil Lebon* ; CE, 15 mai 2006, nº 277361, publié au *Recueil Lebon* ; Soc., 11 octobre 1994, pourvoi nº 89-21.395, *Bull.* 1994, V, nº 268 ; Soc., 17 octobre 2012, pourvoi nº 11-24.315, *Bull.* 2012, V, nº 266 ; Crim., 13 novembre 1984, pourvoi nº 84-90.304, *Bull. crim.* 1984 nº 345 ; Crim., 16 mars 2010, pourvoi nº 08-88.418, *Bull. crim.* 2010, nº 51).

Dans un premier temps, s'inscrivant dans la ligne de l'arrêt du Conseil d'État du 23 avril 1980 « Société Sequaunis » précité, la chambre criminelle a jugé qu'il appartenait aux juridictions du fond, saisies d'une exception d'illégalité de l'arrêté préfectoral dont la méconnaissance est incriminée et d'un moyen en ce sens, de rechercher si les organisations professionnelles consultées avaient exprimé la volonté de la majorité des membres de la profession concernée (Crim., 13 novembre 1984, pourvoi nº 84-91.168, *Bull. crim.* 1984, nº 345 ; Crim. 13 novembre 1984, pourvoi nº 84-90.304, préc. ; Crim. 22 novembre 1988, pourvoi nº 87-81.833, *Bull. crim.* 1988, nº 397).

Les juges du fond ont ainsi été conduits à diligenter des mesures d'instruction, notamment des expertises, pour rechercher l'existence d'une telle expression majoritaire. Or, dans un cas où la mesure d'instruction n'avait permis ni d'affirmer, ni de contester que l'accord préalable eut exprimé l'opinion majoritaire, la chambre criminelle a reproché aux juges du fond de n'en avoir pas tiré la conséquence que l'arrêté préfectoral subséquent était entaché d'illégalité et a cassé leur décision sans renvoi en constatant elle-même l'illégalité de l'arrêté dont la violation était incriminée (Crim., 3 décembre 1991, pourvoi nº 90-87.131).

Cependant, une telle solution, au demeurant isolée, était peu compatible avec le principe de présomption de légalité des décisions administratives, qui justifie celui de l'effet non suspensif du recours pour excès de pouvoir et le privilège du préalable reconnu à l'administration. Elle était surtout contraire à la jurisprudence tant de la chambre sociale, selon laquelle « il incombe à l'exploitant de magasin qui invoque l'exception d'illégalité de l'arrêté préfectoral de fermeture d'établir, le cas échéant, soit l'absence d'une majorité incontestable des professionnels concernés en faveur de l'accord sur lequel est fondé l'arrêté, soit encore que l'absence de consultation d'une organisation d'employeurs a eu une incidence sur la volonté de la majorité des employeurs et salariés concernés par l'accord » (Soc., 17 octobre 2012, pourvoi nº 11-24.315, préc.), que du Conseil d'État qui, s'il applique traditionnellement un mode de preuve objectif, tend en pratique à faire peser sur le requérant la charge de la preuve de l'illégalité de l'arrêté préfectoral contesté, prise d'une absence de volonté majoritaire au sein de la profession.

Par un arrêt du 8 avril 2014, la chambre criminelle a clarifié sa jurisprudence et l'a mise en conformité avec celles de la chambre sociale et du Conseil d'État en posant pour principe que le juge répressif, saisi d'une exception d'illégalité d'un arrêté préfectoral édicté en application de l'article L. 3132-29 du code du travail, prise de ce que

l'accord intervenu entre les organisations syndicales de salariés et d'employeurs d'une profession sur les conditions dans lesquelles le repos hebdomadaire est donné aux salariés, n'aurait pas exprimé la volonté de la majorité des professionnels concernés, ne peut accueillir cette exception que s'il résulte des éléments du dossier qu'une telle volonté majoritaire faisait défaut, à la date de l'arrêté litigieux ou à celle des faits poursuivis (Crim., 8 avril 2014, pourvoi nº 11-84.722, *Bull. crim.* 2014, nº 102).

Comme l'indique l'avocat général Frédéric Desportes dans ses conclusions sur l'affaire ayant donné lieu à un arrêt du 7 juin 2017 (Crim., 7 juin 2017, pourvoi nº 16-83.637), « il ne suffit pas d'alléguer que les syndicats signataires n'exprimeraient pas la volonté du plus grand nombre pour obliger le juge à un supplément d'information […] sauf démonstration contraire ou production d'éléments sérieux imposant un supplément d'information, les arrêtés préfectoraux n'ayant fait l'objet d'aucune contestation par des syndicats représentant une majorité des professionnels concernés doivent être regardés comme ayant été pris avec l'accord de ces syndicats […] cette solution ne heurte pas la présomption d'innocence dès lors que, portant sur l'établissement d'une condition préalable de l'infraction, elle ne revient pas à faire peser sur la personne poursuivie une présomption de culpabilité. On voit mal au demeurant que la légalité de l'arrêté préfectoral puisse s'apprécier différemment selon qu'elle est contestée au cours d'une procédure pénale ou en dehors de toute poursuite ».

Chapitre 2. Le contrôle de la loi

Le contrôle de la loi s'opère sur le fondement des normes constitutionnelles et des normes internationales. Le contrôle de constitutionnalité appartient au Conseil constitutionnel qui l'exerce antérieurement à la promulgation de la loi ou postérieurement par la voie de la question prioritaire de constitutionnalité.

La Cour de cassation, comme le Conseil d'État, participent à ce contrôle dès lors que l'accès à la juridiction constitutionnelle s'effectue par leur intermédiaire (section 1). Quant au contrôle de conventionnalité, le Conseil constitutionnel a précisé qu'il relevait du juge ordinaire depuis sa célèbre décision nº 74-54 DC, Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse du 15 janvier 1975 (section 2).

Section 1. Le contrôle de constitutionnalité

La Cour de cassation et notamment sa chambre criminelle, qui connaît à elle seule d'un peu plus de la moitié des questions prioritaires de constitutionnalité dont la Cour de cassation est saisie (sur la période 2011-2016 : 1 168 questions en matière pénale, contre 1 129 en matière civile ; *Rapport* 2016, p. 341), s'est pleinement emparée du rôle de filtre que le législateur organique lui a assigné pour développer un rôle normatif nouveau par rapport à celui qu'elle exerce traditionnellement comme juge de cassation.

Elle remplit cet office dans l'examen des critères de recevabilité des questions (§ I), dans ses décisions de renvoi de la question au Conseil constitutionnel (§ II), et dans ses décisions de non-lieu à renvoi (§ III), qui font, dans les deux derniers cas, l'objet d'une motivation.

§ I. Les décisions d'irrecevabilité des QPC

L'article 61-1 de la Constitution prévoit que le Conseil constitutionnel peut être saisi d'une QPC lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit ; se trouvent hors du champ d'application de ce texte les normes qui n'ont pas une nature législative.

Le Conseil constitutionnel a précisé, s'agissant d'une disposition issue d'une ordonnance de l'article 38 de la Constitution, que, avant d'avoir été ratifiée, elle ne revêt pas le caractère d'une disposition législative au sens de l'article 61-1 de la Constitution. Il ne lui appartient donc pas d'en connaître (Cons. const., 10 février 2012, décision n° 2011-219 QPC, M. Patrick É. [Non-lieu : ordonnance non ratifiée et dispositions législatives non entrées en vigueur]). La Cour de cassation retient cette interprétation similaire tout en soulignant que la ratification des ordonnances prises sur le fondement de l'article 38 de la Constitution, avant la révision constitutionnelle de 2008, peut n'être qu'implicite. Ainsi, elle a pu décider que l'ordonnance n° 60-372 du 15 avril 1960 modifiant certaines dispositions de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 instituant un état d'urgence, prise sur le fondement de la loi n° 60-101 du 4 février 1960 autorisant le Gouvernement à prendre, par application de l'article 38 de la Constitution, certaines mesures relatives au maintien de l'ordre, à la sauvegarde de l'État, à la pacification et à l'administration de l'Algérie, a été implicitement ratifiée par l'effet de la loi n° 85-96 du 25 janvier 1985 relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances » (Crim., 21 juin 2016, QPC n° 16-82.176, *Bull. crim.* 2016, n° 192).

La Cour de cassation déclare également irrecevable une QPC en raison du caractère réglementaire des dispositions applicables au litige ; c'est le cas par exemple d'un décret fixant les modalités d'application dans le temps de dispositions nouvelles relatives à la répartition des charges entre bailleur et locataire commercial (3e Civ., 14 juin 2018, pourvoi n° 18-40.013).

S'il est possible de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à une disposition législative, en revanche, une jurisprudence développée en dehors d'une disposition législative ne peut, elle, faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité. La troisième chambre civile de la Cour de cassation s'est prononcée en ce sens à l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité ainsi rédigée : « L'article 544 du code civil, tel qu'interprété par la jurisprudence constante de la Cour de cassation, en ce qu'elle admet la validité de la vente d'un bien immobilier par un propriétaire apparent, si l'acquéreur est de bonne foi et victime de l'erreur commune, et admet donc la perte de son bien par le véritable propriétaire, est-elle contraire aux droits et libertés garantis par la Constitution, et notamment au droit de propriété, visé aux articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ? »

La théorie de l'apparence, appliquée à l'origine uniquement en matière de propriété, est une pure construction jurisprudentielle fondée sur l'adage *error communis facit jus*, qui signifie que l'erreur commune est créatrice de droit. Elle consiste à faire produire à une situation vraisemblable, mais inexacte en droit, les mêmes effets que la situation juridique dont elle a l'apparence. Selon le professeur Alain Bénabent, il s'agit d'une « création jurisprudentielle destinée à tempérer la rigueur aveugle des principes » (*Droit*

des obligations, LGDJ, 15e éd. 2016, no 489). C'est un arrêt de la Cour de cassation du 26 janvier 1897 qui a, pour la première fois, rattaché la théorie de l'apparence exclusivement à l'adage *error communis facit jus* en jugeant que, « dès que l'erreur commune et invincible ainsi que la bonne foi des tiers sont établies, les aliénations consenties par l'héritier apparent échappent à toute action en résolution dirigée par l'héritier véritable » (H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, 2015, 13e éd., no 104, p. 585).

La théorie de l'apparence est aujourd'hui appliquée dans de nombreux domaines : en matière de successions, de régimes matrimoniaux, de mandat surtout, mais également de propriété immobilière et de baux. En effet, elle ne se rattache pas au seul droit de propriété, il s'agit d'une création jurisprudentielle autonome qui ne trouve pas son fondement dans un texte de loi, mais dans l'insuffisance du droit à régler certaines situations.

La théorie de l'apparence obéit à des critères – ou conditions – qui sont au nombre de trois : une condition objective, l'erreur commune, une condition subjective, la bonne foi, enfin une condition tenant au caractère onéreux de l'acte consenti.

Dans une note publiée « À la Une » sur son site en novembre 2010 (https://www.conseil-constitutionnel.fr/la-qpc/novembre-2010-qpc-et-interpretation-de-la-loi), le Conseil constitutionnel précise qu'une question prioritaire de constitutionnalité « ne peut être fondée sur une jurisprudence qui ne serait pas développée sur le fondement initial d'une disposition législative », telle que « la théorie administrative du fait du prince ».

Dans son arrêt du 30 mars 2017, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a donc considéré que, « sous le couvert d'une contestation de la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation constante conférerait à l'article 544 du code civil, M. X… conteste en réalité la construction jurisprudentielle de la théorie de l'apparence en ce qu'elle est appliquée dans le domaine de la propriété immobilière » et qu'en conséquence « la question, qui ne concerne pas une disposition législative, est irrecevable » (3e Civ., 30 mars 2017, QPC no 16-22.058).

À nouveau, le 15 février 2018, la troisième chambre civile a rappelé qu'est irrecevable une question prioritaire de constitutionnalité contestant un principe jurisprudentiel dissocié de toute disposition législative, ayant préalablement écarté le rattachement du principe de la nullité d'une clause d'indexation qui exclut la réciprocité de la variation, énoncé dans un arrêt (3e Civ., 14 janvier 2016, pourvoi no 14-24.681, *Bull.* 2016, III, no 7) aux dispositions du code monétaire et financier invoquées par le requérant dans sa question : « sous le couvert d'une contestation de la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation constante conférerait aux articles L. 112-1 et L. 112-2 du code monétaire et financier, la question posée tend en réalité à contester le principe jurisprudentiel […] D'où il suit que la question, qui ne concerne pas des dispositions législatives, est irrecevable » (3e Civ., 15 février 2018, QPC no 17-40.069).

§ II. Les décisions de renvoi de la QPC

Dans cette hypothèse, la décision sur la conformité de la disposition légale critiquée aux droits et libertés que la Constitution garantit revient certes au Conseil constitutionnel, mais la Cour de cassation ne s'attache pas moins à préciser le ou les griefs justifiant, à ses yeux, le renvoi de la question et à en expliciter le caractère sérieux. Elle l'a

fait sur des sujets très divers (A), mais c'est assurément la règle *ne bis in idem* qui mérite un focus particulier (B).

A. La diversité des griefs examinés

Par deux décisions particulièrement motivées, manifestant sa volonté d'expliciter tant son raisonnement que les interrogations auxquelles elle se trouve confrontée, dans un souci de dialogue avec le juge constitutionnel, la chambre criminelle a traité la question du cumul, en matière de fraude fiscale, des poursuites pénales et fiscales, au regard des principes de nécessité et de proportionnalité des peines tirés de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (Crim., 30 mars 2016, QPC n° 16-90.001, *Bull. crim.* 2016, n° 113 ; Crim., 30 mars 2016, QPC n° 16-90.005, *Bull. crim.* 2016, n° 114).

Elle a aussi examiné l'atteinte susceptible d'être portée aux droits et libertés garantis par les articles 2 et 16 de la Déclaration précitée, par l'article 11, 1°, de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2015-1501 du 20 novembre 2015 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions, en ce que ce texte prévoyait que le décret déclarant ou la loi prorogeant l'état d'urgence pouvait, par une disposition expresse, conférer au ministre de l'intérieur, pour l'ensemble du territoire, et au préfet, dans le département, le pouvoir d'ordonner des perquisitions à domicile de jour et de nuit, sans garantie du droit au respect de la vie privée et du droit à un recours juridictionnel effectif (Crim., 21 juin 2016, QPC n° 16-82.176, *Bull. crim.* 2016, n° 192).

S'agissant de la question dite du « verrou de Bercy » (article L. 228 du livre des procédures fiscales), la chambre criminelle l'a considéré « susceptible de porter une atteinte injustifiée aux principes d'indépendance de l'autorité judiciaire et de la séparation des pouvoirs, en privant le ministère public de la plénitude de son pouvoir d'apprécier l'opportunité des poursuites au bénéfice du ministre chargé du budget » (Crim., 19 mai 2016, QPC n° 16-81.857, *Bull. crim.* 2016, n° 153).

De même, elle a jugé que la possibilité, conférée au juge d'instruction ou à un officier de police judiciaire par les articles 56, 57, 81 et 96 du code de procédure pénale, de procéder à des perquisitions et saisies de documents dans une juridiction, n'était pas assortie d'une disposition garantissant le respect, par de telles mesures, des « principes d'indépendance et d'impartialité du juge, auxquels participe le secret du délibéré » (Crim., 29 septembre 2015, QPC n° 15-83.207, *Bull. crim.* 2015, n° 212).

Elle a énoncé que l'interdiction faite au prévenu de diffamation de rapporter la preuve de la vérité des faits diffamatoires lorsque l'imputation se réfère à des événements remontant à plus de dix ans, était « susceptible de mettre en cause la liberté d'expression, l'exercice des droits de la défense et le droit à un procès équitable » (Crim., 15 mars 2011, QPC n° 10-90.129, *Bull. crim.* 2011, n° 54).

Elle a aussi analysé la question de la compatibilité des modalités prévues par les articles 413-9 à 413-12 du code pénal, L. 2311-1 à L. 2312-8 du code de la défense et 56-4 du code de procédure pénale, en vue de protéger les secrets de la défense nationale, avec les principes du droit à un procès équitable et de la séparation des pouvoirs, ainsi qu'avec l'objectif constitutionnel de recherche des auteurs d'infractions (Crim., 31 août 2011, QPC n° 11-90.065, *Bull. crim.* 2011, n° 169).

Elle a retenu le caractère sérieux d'une QPC en ce « que, indépendamment du contrôle de légalité susceptible d'être exercé, dans les conditions prévues par les articles 173 et 385 du code de procédure pénale, en cas de saisine de la juridiction d'instruction ou de jugement, l'ancien article L. 8271-13 du code du travail se bornait à prévoir que les visites domiciliaires, perquisitions et saisies de pièces à conviction dans les lieux de travail, y compris s'agissant de locaux habités, étaient autorisées par ordonnance du président du tribunal de grande instance, sur réquisitions du procureur de la République, sans que des voies de recours appropriées fussent prévues (Crim., 28 janvier 2014, QPC n° 13-83.217, *Bull. crim.* 2014, n° 26).

Enfin, elle a jugé que le fait que les textes du code de procédure pénale relatifs à l'extradition demandée par un gouvernement étranger n'organisent pas les droits de la défense au stade du placement initial sous écrou extraditionnel décidé par le premier président de la cour d'appel ou son délégué, ne confèrent au contrôle judiciaire et à l'assignation à résidence qu'un caractère subsidiaire par rapport à la détention, n'instituent qu'un recours contre la décision de placement sous contrôle judiciaire ou d'assignation à résidence et ne fixent aucune limite à la durée de l'incarcération est susceptible de porter atteinte aux droits et libertés garantis par les articles 2, 4, 7 et 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et 66 de la Constitution (Crim., 8 juin 2016, QPC n° 16-81.912, *Bull. crim.* 2016, n° 177).

B. Le cas de la règle *ne bis in idem*

Le cumul des actions et sanctions, pénales et administratives, en répression d'un comportement, se heurte au droit à ne pas être jugé ou puni deux fois pour une même infraction, garanti notamment par les articles 4 du Protocole n° 7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Cette problématique a pris ces dernières années une acuité particulière, conduisant la Cour de cassation à prendre une part active au processus de remise en question des normes nationales dans un contexte conventionnel, mais aussi constitutionnel, évolutif (1). Pour autant, désireuse de sécurité juridique, elle a veillé à appréhender avec prudence les bouleversements en cours (2).

1. Une politique renouvelée de transmission de questions prioritaires de constitutionnalité

La Cour de cassation s'est longtemps refusée à transmettre des questions prioritaires de constitutionnalité remettant en cause les doubles poursuites, que ce soit dans le domaine financier (Formation de constitutionnalité, 8 juillet 2010, QPC n° 10-10.965) ou fiscal (Crim., 25 juin 2014, QPC n° 13-87.692 ; Crim., 3 décembre 2014, QPC n° 14-90.040), y voyant des procédures ayant des objets et finalités différents. Elle se situait ainsi dans la logique du Conseil constitutionnel qui, sans reconnaître de valeur constitutionnelle au principe *ne bis in idem*, considérait qu'il ne recevait pas application au cas de cumul entre sanctions pénales et administratives (Cons. const., 28 juillet 1989, décision n° 89-260 DC, Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier).

Puis, précisant la portée de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 lors de saisines sur la double poursuite disciplinaire à l'égard des médecins et le cumul des poursuites pénales, disciplinaires et administratives prononcées par la Cour de discipline budgétaire et financière, le Conseil constitutionnel

a énoncé que « le principe de la nécessité des peines ne fait pas obstacle à ce que les mêmes faits commis par une même personne puissent faire l'objet de poursuites différentes aux fins de sanctions de nature disciplinaire ou administrative », ou, « de nature disciplinaire ou pénale », « en application de corps de règles distincts devant leurs propres ordres de juridictions » (Cons. const., 17 janvier 2013, décision nº 2012-289 QPC, M. Laurent D. [Discipline des médecins] ; Cons. const., 24 octobre 2014, décision nº 2014-423 QPC, M. Stéphane R. et autres [Cour de discipline budgétaire et financière]). Tout au plus formulait-il une réserve impliquant que le montant global des sanctions prononcées ne doit pas dépasser le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues, les autorités administratives et judiciaires étant chargées d'y veiller (Cons. const., 30 décembre 1997, décision nº 97-395 DC, Loi de finances pour 1998 ; Cons. const., 20 juillet 2012, décision nº 2012-266 QPC, M. Georges R. [Perte de l'indemnité prévue en cas de décision administrative d'abattage d'animaux malades] sur des dispositions du code rural et de la pêche maritime ; Cons. const., 8 octobre 2014, décision nº 2014-418 QPC, Société SGI [Amende pour contribution à l'obtention, par un tiers, d'un avantage fiscal indu], concernant une amende fiscale encourue sans préjudice des sanctions de droit commun).

Cependant, les cours de Strasbourg et de Luxembourg ont bousculé l'édifice ainsi préservé. La conception autonome de l'accusation en matière pénale dégagée par la Cour européenne des droits de l'homme, qui ne retient la qualification juridique de l'infraction en droit interne qu'à titre indicatif et s'appuie sur les critères de la nature de l'infraction et du degré de sévérité de la sanction (CEDH, arrêt du 8 juin 1976, Engel e. a c. Pays-Bas, nº 5100/71), comme l'approche purement concrète de la notion d'*idem*, laquelle recouvre des faits identiques ou qui sont en substance les mêmes (CEDH, arrêt du 10 février 2009, Sergueï Zolotoukhine c. Russie, nº 14939/03) se concilient mal avec la prise en compte de critères formels telles la qualification des faits ou la nature de l'organe qui a statué sur les poursuites, expliquant une vision large, au moins dans un premier temps, de la règle *ne bis in idem*.

Ainsi, dans l'affaire « Grande Stevens c. Italie » (CEDH, arrêt du 4 mars 2014, Grande Stevens e. a. c. Italie, nº 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 et 18698/10), la grande chambre a conclu à la violation de l'article 4 du Protocole nº 7 précité en raison d'une poursuite pénale exercée, en matière boursière, à l'encontre d'un requérant postérieurement au prononcé de sanctions par l'autorité administrative de contrôle des marchés financiers. La Cour a appliqué un raisonnement similaire dans une affaire où l'administration fiscale suédoise avait infligé des pénalités fiscales pour déclaration fiscale inexacte alors que la contribuable avait été définitivement acquittée pour une infraction pénale (CEDH, arrêt du 27 novembre 2014, Lucky Dev c. Suède, nº 7356/10 ; *cf.* aussi CEDH, arrêt du 27 janvier 2015, Rinas c. Finlande, nº 17039/13 ; CEDH, arrêt du 10 février 2015, Kiiveri c. Finlande, nº 53753/12 ; CEDH, arrêt du 10 février 2015, Österlund c. Finlande, nº 53197/13). La garantie de l'article 4 du Protocole nº 7 se révèle applicable lorsque de nouvelles poursuites de nature pénale sont engagées, ou perdurent, alors même qu'une décision antérieure de même nature portant sur les mêmes faits, qu'elle soit de condamnation ou de relaxe, a acquis force de chose jugée.

En parallèle, la Cour de justice de l'Union européenne, laquelle a précisé que le principe *ne bis in idem* garanti par l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne trouve à s'appliquer dans les domaines mettant en œuvre le droit

de l'Union, telle une réglementation luttant contre la fraude fiscale à la taxe sur la valeur ajoutée, a adopté les mêmes définitions du caractère pénal des procédures, tout en laissant au juge national le soin de procéder à cette appréciation, et de l'*idem*, concluant que, lorsqu'une sanction fiscale, devenue définitive, revêt un caractère pénal, des poursuites pénales pour les mêmes faits ne peuvent être diligentées contre une même personne (CJUE, arrêt du 26 février 2013, Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson, C-617/10). Elle a toutefois ajouté que la règle doit demeurer compatible avec la protection des intérêts financiers de l'Union qui nécessite que les sanctions restantes soient « effectives, proportionnées et dissuasives » (§ 36).

Dans ces circonstances, les années 2014 à 2016 ont marqué une forme de rupture avec la période antérieure en ce que les chambres criminelle et commerciale ont décidé de saisir le Conseil constitutionnel d'une dizaine de questions prioritaires de constitutionnalité portant sur le cumul des poursuites pénales pour délit d'initié ou de diffusion de fausses informations, avec des poursuites devant la commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers pour manquement d'initié, ou manquement à la bonne information du public (Crim., 17 décembre 2014, QPC n° 14-90.043, Crim., 17 décembre 2014, QPC n° 14-90.042 ; Crim., 28 janvier 2015, QPC n° 14-90.049 ; Com., 14 octobre 2015, QPC n° 15-10.899, Com., 14 octobre 2015, QPC n° 15-12.362 ; Com., 10 décembre 2015, QPC n° 15-15.557 ; Com., 5 juillet 2016, QPC n° 15-29.098 et n° 15-29.144), ou sur le cumul des pénalités fiscales pour insuffisance de déclaration et sanctions pénales pour fraude fiscale (Crim., 30 mars 2016, QPC n° 16-90.001, *Bull. crim.* 2016, n° 113, Crim., 30 mars 2016, QPC n° 16-90.005, *Bull. crim.* 2016, n° 114 ; Crim., 19 mai 2016, QPC n° 15-84.526), ou celui des poursuites pénales pour banqueroute avec les procédures collectives (Crim., 28 juin 2016, QPC n° 16-90.010 ; Com., 28 juin 2016, QPC n° 16-40.208).

Invitant à un dialogue des juges, l'arrêt précité de la chambre criminelle du 17 décembre 2014, qui a initié le mouvement, s'est fondé explicitement sur la jurisprudence conventionnelle en retenant que la décision « Grande Stevens » constituait un changement de circonstances justifiant une nouvelle saisine de dispositions législatives du code monétaire et financier ayant déjà été déclarées conformes à la Constitution.

Par la suite, prenant en compte l'invalidation opérée par le Conseil constitutionnel, pour la première fois, qui se révélera unique, d'un dispositif de cumul (Cons. const., 18 mars 2015, décision n° 2014-453/454 et 2015-462 QPC, M. John L. et autres [Cumul des poursuites pour délit d'initié et des poursuites pour manquement d'initié] ; *RCS* 2015, p. 705), la Cour de cassation a poursuivi sa politique de renvoi. En effet, amendant le considérant de principe énoncé dans sa décision du 24 octobre 2014 précitée dans la mesure où les limites constitutionnelles au cumul des poursuites résultent tant du principe de nécessité des peines que de celui des délits, le Conseil constitutionnel a estimé, après avoir comparé les définitions du délit d'initié et du manquement d'initié dans leur version alors en vigueur que, en premier lieu, les textes les définissent de la même manière, en deuxième lieu, les répressions poursuivent une même finalité de protection du bon fonctionnement et de l'intégrité des marchés financiers, en troisième lieu, compte tenu de la très grande sévérité des sanctions pécuniaires prononcées par la commission des sanctions au regard de la gravité moindre des amendes pénales mais de l'emprisonnement ou, pour une personne morale, de la dissolution encourus devant le juge pénal, les faits sont susceptibles de faire l'objet de sanctions qui ne sont

pas de nature différente, en quatrième lieu, les sanctions relèvent des juridictions de l'ordre judiciaire. Se dégagent ainsi quatre critères cumulatifs de prohibition d'engagement, ou de poursuite, des actions, sans que soit d'ailleurs exigée l'existence préalable d'une décision définitive.

Animée du même souci de dialogue avec le juge constitutionnel, dans le respect de la place de chacun, le 30 mars 2016, la Cour de cassation a adopté, dans ses décisions sur la fraude fiscale faisant l'objet d'une publication au *Bulletin*, au *Rapport* et sur internet, une motivation particulièrement développée, qui manifestait la volonté d'exposer l'intégralité du raisonnement, la transposition des quatre conditions au sujet fiscal soulevant nombre d'interrogations que ce soit sur les intérêts sociaux protégés, le caractère différent ou équivalent des sanctions et le critère de l'ordre de juridiction, peu pertinent lorsque l'on sait que le juge de l'impôt peut être, selon les cas, judiciaire ou administratif (QPC n° 16-90.005 et QPC n° 16-90.001, préc.).

Statuant sur ces questions, le Conseil constitutionnel a, d'une part, fait évoluer à nouveau son considérant de principe en abandonnant le critère organique, d'autre part, validé les deux répressions en ce qu'elles permettent d'assurer ensemble, de façon complémentaire, la protection des intérêts financiers de l'État et l'égalité devant l'impôt sous trois réserves : la première prohibant une condamnation pénale en cas de décharge définitive de l'impôt, pour un motif de fond, par le juge fiscal, la deuxième limitant l'application de la loi pénale aux cas les plus graves et la troisième, classique, exigeant la proportionnalité du cumul des sanctions (Cons. const., 24 juin 2016, décision n° 2016-545 QPC, M. Alec W. et autre [Pénalités fiscales pour insuffisance de déclaration et sanctions pénales pour fraude fiscale] ; Cons. const., 24 juin 2016, décision n° 2016-546 QPC, M. Jérôme C. [Pénalités fiscales pour insuffisance de déclaration et sanctions pénales pour fraude fiscale] ; Cons. const., 22 juillet 2016, décision n° 2016-556 QPC, M. Patrick S. [Pénalités fiscales pour insuffisance de déclaration et sanctions pénales pour fraude fiscale II]).

On a pu déduire d'autres décisions du Conseil que la comparaison des sanctions se révèle de nature à valider nombre de cumuls (les abus de marché dans d'autres versions des textes : Cons. const., 14 janvier 2016, décision n° 2015-513/514/526 QPC, M. Alain D. et autres [Cumul des poursuites pénales pour délit d'initié avec des poursuites devant la commission des sanctions de l'AMF pour manquement d'initié – II] ; Cons. const., 30 septembre 2016, décision n° 2016-572 QPC, M. Alain D. et autres [Cumul des poursuites pénales pour délit d'initié avec des poursuites devant la commission des sanctions de l'AMF pour manquement d'initié – II] ; la faillite personnelle : Cons. const., 29 septembre 2016, décision n° 2016-570 QPC, M. Pierre M. [Cumul des poursuites pénales pour banqueroute avec la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire et cumul des mesures de faillite ou d'interdiction prononcées dans ces cadres] ; Cons. const., 29 septembre 2016, décision n° 2016-573 QPC, M. Lakhdar Y. [Cumul des poursuites pénales pour banqueroute avec la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire et cumul des mesures de faillite ou d'interdiction prononcées dans ces cadres] ; les contribution spéciale et sanction pénale en cas d'emploi illégal d'un travailleur étranger : Cons. const., 30 mars 2017, décision n° 2016-621 QPC, Société Clos Teddi et autre [Cumul des poursuites pénales et administratives en cas d'emploi illégal d'un travailleur étranger]).

Lorsque les sanctions pécuniaires respectives sont comparables dans leur montant, la faculté pour le juge pénal de prononcer une peine d'emprisonnement ou de dissolution, voire des peines complémentaires, conduit le juge constitutionnel à considérer que les sanctions sont de nature différente, ce qui suffit à autoriser le cumul d'actions.

Par voie de conséquence, sur ce fondement, la Cour de cassation a refusé de transmettre des questions récentes (en matière financière, Crim., 20 décembre 2017, QPC n° 17-82.470; en matière électorale, Crim., 17 janvier 2018, QPC n° 17-90.022).

2. Une jurisprudence mesurée en attente de stabilisation des normes

La chambre criminelle de la Cour de cassation a été conduite à appliquer la déclaration d'inconstitutionnalité issue de la décision du Conseil constitutionnel du 18 mars 2015 précitée et a annulé sans renvoi une condamnation du chef de délit d'initié pour des faits identiques à ceux pour lesquels la commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers avait antérieurement statué de manière définitive au titre du manquement d'initié (Crim., 20 mai 2015, pourvoi n° 13-83.489, *Bull. crim.* 2015, n° 117).

À ce stade, force est de constater que les réserves inédites formulées par le Conseil sur la fraude fiscale n'ont pas encore pris leur pleine mesure, soit que l'une tenant à la gravité des faits pénalement poursuivis avait été invoquée à tort, hors champ d'application, pour des faits d'omission de déclaration et non de dissimulation des sommes sujettes à l'impôt et sans justifier de la procédure fiscale (Crim., 22 février 2017, pourvoi n° 16-82.047, *Bull. crim.* 2017, n° 51), soit que l'autre relative à l'autorité de la chose jugée du fiscal ne pouvait concerner un impôt distinct (Crim., 31 mai 2017, pourvoi n° 15-82.159, *Bull. crim.* 2017, n° 146) ou la situation dans laquelle le juge de l'impôt n'avait pas déchargé le contribuable de toute imposition (Crim., 28 juin 2017, pourvoi n° 16-81.149, publié au *Bulletin*).

Sans être dénuée de toute proximité de raisonnement avec celui du Conseil, la Cour européenne des droits de l'homme a infléchi sa jurisprudence par un arrêt de grande chambre du 15 novembre 2016. Elle a conclu, dans une affaire fiscale, à la non-violation de l'article 4 du Protocole n° 7 dès lors que ce dernier n'exclut pas la conduite de procédures mixtes, même jusqu'à leur terme, pourvu qu'elles soient complémentaires, unies par un « lien matériel et temporel suffisamment étroit » de façon à former « un tout cohérent » et ne représentent pas une charge excessive pour la personne en cause, ce qui était le cas en l'espèce (CEDH, arrêté du 15 novembre 2016, A. et B. c. Norvège, n° 24130/11 et 29758/11; *AJ Pénal* 2017, p. 45, obs. M. Robert). Puis, déclinant cette nouvelle position, la Cour, dans l'affaire Johannesson c. Islande du 18 mai 2017, a retenu la violation du principe *ne bis in idem* en l'absence de lien matériel et temporel suffisant entre les deux procédures pénale et fiscale en ce que ces dernières ne s'étaient recoupées que pendant une durée limitée et qu'elles avaient recueilli et apprécié les preuves de façon séparée, illustration de la subtilité des critères à mettre en œuvre, en partie distincts de ceux constitutionnels (CEDH, arrêt du 18 mai 2017, Johannesson e. a. c. Islande, n° 22007/11).

Aux moyens soulevant la violation du Protocole n° 7, la Cour de cassation oppose la réserve française émise lors de sa ratification limitant la portée de l'article 4 aux infractions qui relèvent en droit français de la compétence des juridictions pénales, et confirme de la sorte une jurisprudence ancienne (ex. : Crim., 6 novembre 1997, pourvoi n° 96-86.127,

Bull. crim. 1997, n° 379 ; Com., 8 février 2011, pourvoi n° 10-10.965, *Bull.* 2011, IV, n° 17), en dépit de l'invalidation de la réserve italienne dans l'arrêt « Grande Stevens ». Pour ce faire, la chambre criminelle prend explicitement appui sur le paragraphe 117 de l'arrêt A et B relatif à la réserve de la France pour relever que celle-ci n'est pas remise en cause par la Cour européenne (Crim., 22 février 2017, pourvoi n° 14-82.526, *Bull. crim.* 2017, n° 49 ; Crim., 17 janvier 2018, pourvoi n° 16-86.451 (cumul de sanctions pénales et fiscales) ; Crim., 13 septembre 2017, pourvoi n° 15-84.823, publié au *Bulletin*, *D.* 2017, p. 2130, note S. Detraz [cassation d'un arrêt de cour d'appel constatant l'extinction de l'action publique à raison du prononcé, pour les mêmes faits, de sanctions disciplinaires par le Conseil des marchés financiers]).

Quant à l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne invoqué le plus souvent en matière de fraude à la TVA, tenant compte de ce que la Cour de justice ne s'était pas encore prononcée depuis l'évolution jurisprudentielle de la Cour européenne, la chambre criminelle a opposé, après rappel que le texte n'a pas en lui-même pour effet d'interdire par principe tout cumul entre des sanctions fiscales et pénales, que, dans l'affaire examinée, le demandeur n'invoquait aucun élément de nature à faire obstacle à un tel cumul (Crim., 22 février 2017, pourvoi n° 14-82.526 préc.).

Procédant de la sorte, la Cour de cassation a pris ses distances avec l'analyse développée dans une précédente décision (Crim., 22 janvier 2014, pourvoi n° 12-83.579, *Bull. crim.* 2014, n° 22) selon laquelle, sous réserve du respect de la proportionnalité des sanctions, la faculté de condamner pénalement une personne déjà sanctionnée pour un manquement relevant de la compétence de l'autorité des marchés financiers garantissait la sanction effective, proportionnée et dissuasive, au sens de la directive n° 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003 sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché (abus de marché), dont dépend la réalisation de l'objectif d'intérêt général de l'Union européenne d'assurer l'intégrité des marchés financiers communautaires et de renforcer la confiance des investisseurs, objectif qui entre dans les prévisions de l'article 52 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, faisant ainsi écho à la nécessité de sanctions « effectives, proportionnées et dissuasives » énoncée dans l'arrêt « Akerberg Fransson ».

Sur un autre aspect, la chambre criminelle a également eu l'occasion de juger que l'article 50 ne s'oppose pas à ce que des poursuites pénales soient engagées pour fraude fiscale à l'encontre de la personne physique, représentant de la personne morale qui a fait l'objet de sanctions fiscales pour les mêmes faits, se fondant ainsi, avec une référence expresse, sur l'arrêt de la Cour du 5 avril 2017, affaires jointes, CJUE, arrêt du 5 avril 2017, Massimo Orsi et Luciano Baldetti, C-217/15 et C-350/15 (Crim., 6 décembre 2017, pourvoi n° 16-81.857, publié au *Bulletin*).

Depuis lors, la Cour de justice de l'Union européenne, par trois arrêts du 20 mars 2018, a également fait évoluer sa jurisprudence sur le *ne bis in idem* dans le cadre de la directive TVA et de la directive sur les marchés financiers (CJUE, arrêt du 20 mars 2018, Menci, C-524/15, CJUE, arrêt du 20 mars 2018, Garlsson Real Estate e. a., C-537/16, CJUE, arrêt du 20 mars 2018, Di Puma, C-596/16 et C-597/16).

Au terme d'une approche présentant une parenté avec celle de la Cour européenne des droits de l'homme mais peut-être marquée d'une plus grande exigence, la haute juridiction a estimé qu'une réglementation nationale peut apporter une restriction à la règle sur le fondement de l'article 52 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union

européenne en autorisant un cumul de poursuites et sanctions, dont les buts doivent être complémentaires, à condition de viser un objectif d'intérêt général, telle la lutte contre les infractions en matière de TVA ou la protection de l'intégrité des marchés financiers de l'Union, et de prévoir une coordination limitant au strict nécessaire la charge supplémentaire qui résulte d'un cumul de procédures, et de sanctions au regard de la gravité de l'infraction concernée. En outre, le juge national doit s'assurer que, concrètement, la charge n'est pas non plus excessive par rapport à la gravité des faits commis. Cela a notamment conduit la Cour (affaire C-537/16 préc.) à considérer que ne peut se poursuivre une procédure administrative de nature pénale pour des manipulations de marché en cas de condamnation pénale définitivement prononcée lorsque cette dernière est, compte tenu du préjudice causé à la société par l'infraction commise, de nature à la réprimer de manière effective, proportionnée et dissuasive. Il en est ainsi d'une réglementation italienne qui prévoit que de tels faits doivent présenter une certaine gravité pour faire l'objet d'une condamnation pénale à une peine d'emprisonnement et à une amende pénale selon une fourchette qui correspond à celle prévue pour la sanction administrative.

Ces derniers développements complètent une partition complexe, casuistique et variable que la Cour de cassation devra à l'avenir mettre en musique avec la préoccupation de préserver une égalité de traitement des mêmes situations de cumul.

Mais c'est naturellement dans son rôle qualifié par certains de « juge constitutionnel négatif », c'est-à-dire lorsqu'elle dit n'y avoir lieu à renvoi d'une question prioritaire de constitutionnalité, notamment pour défaut de caractère sérieux des griefs invoqués, que la Cour de cassation peut exercer pleinement son pouvoir normatif.

§ III. Les décisions de non-renvoi de la QPC

Saisie d'une question prioritaire de constitutionnalité, la Cour de cassation ne se borne pas à assumer le rôle de filtrage qui lui est assigné : elle n'hésite pas, le cas échéant, à mettre en avant, voire à modifier, sa propre jurisprudence.

Le pouvoir normatif de la Cour de cassation s'exerce selon une intensité variable suivant les questions posées, dans une sorte de crescendo, de l'intensité faible (A) à très forte (D) en passant par l'intensité moyenne (B) et forte (C).

A. Un pouvoir normatif de faible intensité

Certaines décisions de non-lieu à renvoi sont simplement annonciatrices d'une jurisprudence à construire, comme c'est le cas lorsque la chambre criminelle écarte le grief pris d'une atteinte au principe de légalité des délits et des peines par un texte d'incrimination, en retenant que les termes en sont « suffisamment clairs et précis pour que l'interprétation de ce texte, qui entre dans l'office du juge pénal, puisse se faire sans risque d'arbitraire ». En prononçant ainsi, la chambre criminelle prend l'engagement implicite de veiller, comme juge de cassation, à ce que les juges du fond se livrent à une interprétation du texte conforme aux principes fondamentaux du droit pénal.

On en trouve un exemple dans sa décision du 8 avril 2014 disant n'y avoir lieu à renvoi d'une question portant sur la constitutionnalité de l'article 431-9, 1°, du code pénal, qui incrimine l'organisation d'une manifestation sur la voie publique sans déclaration

préalable (Crim., 8 avril 2014, QPC n° 14-90.008). La chambre criminelle a estimé que les termes du texte sont suffisamment clairs et précis pour que son interprétation puisse se faire sans risque d'arbitraire, alors qu'il lui était soutenu que les caractéristiques d'un tel rassemblement n'ont pas été déterminées par le législateur avec suffisamment de précision. De fait, le code pénal ne donne pas de définition de la « manifestation », à la différence de l'« attroupement » visé à son article 431-3, et la jurisprudence sur le sujet, y compris constitutionnelle, est rare. Toutefois, la chambre criminelle a estimé être en mesure, le moment venu, de circonscrire cette notion.

L'occasion lui en a d'ailleurs été donnée quelques mois plus tard. Ainsi, elle a jugé que « constitue une manifestation, au sens et pour l'application [des articles L. 211-1 du code de la sécurité intérieure et 431-9 du code pénal], tout rassemblement, statique ou mobile, sur la voie publique d'un groupe organisé de personnes aux fins d'exprimer collectivement et publiquement une opinion ou une volonté commune » (Crim., 9 février 2016, pourvoi n° 14-82.234, *Bull. crim.* 2016, n° 35). Elle a, au visa de ce principe, cassé, parce qu'il ajoutait à la loi des conditions qu'elle ne prévoit pas quant aux modalités matérielles d'expression des buts de la manifestation, l'arrêt de la cour d'appel qui, pour relaxer l'organisateur d'un rassemblement non déclaré d'une centaine de militants syndicaux à une barrière de péage d'autoroute afin de distribuer des tracts aux automobilistes, avait retenu qu'en l'absence d'utilisation de banderoles ou de drapeaux, et de discours proférés à l'aide d'une sonorisation, un tel rassemblement ne pouvait s'analyser en une manifestation soumise à déclaration préalable.

Plus remarquable encore est la décision de non-renvoi d'une question prioritaire de constitutionnalité posée par un employeur, au sujet de l'application de l'article L. 243-6 du code de la sécurité sociale. L'intéressé estimait que les règles de prescription résultant de la jurisprudence de la Cour de cassation méconnaissaient, notamment, le droit à un recours juridictionnel effectif. En effet, celle-ci avait jugé que le versement des cotisations constituait le point de départ exclusif du délai de prescription de trois années régissant la demande en remboursement des cotisations de sécurité sociale indûment versées. Il s'ensuivait que la saisine, par l'employeur, de la caisse primaire en vue de contester la durée des arrêts de travail pris en charge à la suite de l'accident du travail litigieux n'était pas de nature à interrompre ce délai (2e Civ., 24 janvier 2013, pourvoi n° 11-22.585, *Bull.* 2013, II, n° 12).

Le refus de transmettre la question repose sur l'annonce d'un revirement de jurisprudence : la Cour de cassation retient que « lorsque l'indu résulte d'une décision administrative ou juridictionnelle, le délai de prescription de l'action en restitution des cotisations en cause ne peut commencer à courir avant la naissance de l'obligation de remboursement découlant de cette décision » (2e Civ., 10 juillet 2014, QPC n° 13-25.985, *Bull.* 2014, II, n° 170). Ce revirement sera, du reste, concrétisé dans une décision ultérieure (2e Civ., 12 février 2015, pourvoi n° 13-25.985, *Bull.* 2015, II, n° 28).

B. Un pouvoir normatif de moyenne intensité

De manière plus explicite, certaines décisions justifient le non-lieu à renvoi de la question en précisant, à l'intention des juges du fond, la manière dont la disposition législative critiquée doit être appliquée.

Peuvent, à cet égard, être citées :

– les décisions du 25 février 2014 (Crim., 25 février 2014, QPC nº 13-90.039, *Bull. crim.* 2014, nº 55) et du 18 octobre 2016 (Crim., 18 octobre 2016, QPC nº 15-84.940, *Bull. crim.* 2016, nº 270), par lesquelles la chambre criminelle a écarté le grief, pris de ce que les dispositions des articles 431-3 et 431-4 du code pénal, qui permettent à des autorités administratives de dissiper un rassemblement sur la voie publique, lorsqu'il est susceptible de troubler l'ordre public, et répriment le refus d'obtempérer à l'ordre de dispersion, méconnaissent le principe selon lequel l'autorité judiciaire est seule gardienne de la liberté individuelle, et ce, par le motif « qu'il revient à celle-ci, en dernier lieu, de s'assurer que le rassemblement a le caractère d'un attroupement au sens précité, de sorte que le juge saisi de poursuites pénales doit vérifier l'effectivité du risque de trouble à l'ordre public créé par le rassemblement » ;

– la décision du 5 décembre 2017 par laquelle la chambre criminelle a justifié le non-renvoi de la question faisant grief aux articles 706 et 706-2 du code de procédure pénale, qui permettent aux magistrats, tant au cours d'une enquête ou d'une information judiciaire, qu'au stade du jugement, de faire établir des documents de synthèse ou d'analyse par des assistants spécialisés, de priver la personne poursuivie d'un procès juste et équitable, et ce, par le motif que « ces éléments ne sauraient être utilisés au soutien d'une déclaration de culpabilité que s'ils ont été portés à la connaissance du prévenu avant l'audience, de telle sorte qu'il a pu présenter ses observations devant la juridiction de jugement » (Crim., 5 décembre 2017, QPC nº 17-81.672, publié au *Bulletin*) ;

– la décision du 17 octobre 2017 par laquelle la chambre criminelle a justifié le non-renvoi de la question faisant grief aux articles 695-34, alinéa 1, 695-37 et 695-39, alinéa 1, du code de procédure pénale d'autoriser une remise différée de la personne recherchée par un mandat d'arrêt européen aux autorités judiciaires de l'État d'émission, sans fixer une durée maximale d'incarcération, et ce, par le motif qu'il « appartient à l'autorité judiciaire de l'État requis de concilier l'obligation de remettre la personne recherchée à l'État requérant avec la nécessité de veiller à ce que la durée de sa détention ne présente pas un caractère excessif au regard du temps indispensable à l'exécution de ce mandat menée de manière suffisamment diligente, ainsi que l'a rappelé la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt du 16 juillet 2015 (C-237/15PPU) » (Crim., 17 octobre 2017, QPC nº 17-84.667, publiée au *Bulletin*).

C. Un pouvoir normatif de forte intensité

De manière plus normative encore, il arrive que des décisions de non-lieu à renvoi fixent l'interprétation à donner à un texte.

L'interprétation donnée peut, tout d'abord, avoir pour objet de rendre la ou les disposition(s) législative(s) critiquée(s) conforme(s) aux principes constitutionnels dont la violation est invoquée, ce qui a pour effet de priver de sérieux la question posée. Cette technique, dite de « l'interprétation conforme », peut être illustrée par la décision : Crim., 16 septembre 2014, QPC nº 14-90.036, *Bull. crim.* 2014, nº 188. La question prioritaire de constitutionnalité, transmise par une juridiction correctionnelle, soulevait une difficulté d'articulation entre les dispositions spéciales de l'article L. 3421-1 du code de la santé publique, incriminant l'usage illicite de produits stupéfiants, et celles de l'article 222-37 du code pénal, incriminant la détention de tels produits. En effet, selon une pratique judiciaire courante, l'usage de stupéfiants pouvait être

poursuivi sous les deux qualifications, l'usager étant considéré *de facto* comme détenteur des substances consommées.

Or, tant la procédure que les peines applicables aux deux incriminations sont sensiblement différentes, le texte du code de la santé publique poursuivant un objectif sanitaire tandis que celui du code pénal a une visée essentiellement répressive. Il y avait donc un risque d'arbitraire en ce que des faits similaires pouvaient être poursuivis et sanctionnés sur le fondement, indifféremment, de l'un ou l'autre de ces textes. La question prioritaire, qui pointait en substance l'existence de ce risque, était donc *a priori* sérieuse.

Toutefois, la chambre criminelle de la Cour de cassation a dit n'y avoir lieu de la renvoyer au Conseil constitutionnel en posant pour principe que « les dispositions spéciales de l'article L. 3421-1 du code de la santé publique, incriminant l'usage illicite de produits stupéfiants, excluent l'application de l'article 222-37 du code pénal, incriminant la détention de tels produits, s'il est établi que les substances détenues étaient exclusivement destinées à la consommation personnelle du prévenu ». Pour ce faire, elle s'est inspirée d'une solution qu'elle avait déjà dégagée par un arrêt (Crim., 22 juin 2005 pourvoi n° 05-80.395, *Bull. crim.* 2005, n° 193), en vue de régler un conflit de qualification entre le délit de cession ou offre illicites de stupéfiants à une personne en vue de sa consommation personnelle, prévu par l'article 222-39 du code pénal, et celui de détention des produits cédés, prévu par l'article 222-37.

La règle d'interprétation, dégagée par une décision de non-lieu à renvoi d'une question prioritaire de constitutionnalité, a ensuite été consacrée par un arrêt du 14 mars 2017 (Crim., 14 mars 2017, pourvoi n° 16-81.805, *Bull. crim.* 2017, n° 70) cassant une décision prononçant une condamnation sur le fondement de l'article 222-37 du code pénal, sans caractériser des faits de détention indépendants de la consommation personnelle du prévenu.

À l'inverse, l'interprétation donnée par la chambre criminelle peut venir conforter celle critiquée par l'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité et, en pareil cas, ce n'est que parce que les griefs adressés à la disposition législative ainsi interprétée n'apparaissent pas sérieux que la chambre dit n'y avoir lieu à renvoi de la question.

À titre d'exemple, par deux décisions, l'une du 6 février 2018 (Crim., 6 février 2018, QPC n° 17-83.857, publiée au *Bulletin*), l'autre du 27 mars 2018 (Crim., 27 mars 2018, QPC n° 17-84.509, publiée au *Bulletin*), la chambre criminelle a dit pour droit qu'un État, qu'il soit français ou étranger, ne peut agir en diffamation sur le fondement de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, dès lors qu'il ne saurait être assimilé à un particulier au sens de l'article 32, alinéa 1, de cette loi. Elle a toutefois ajouté que cette restriction au droit d'agir en justice n'enfreint aucun des principes constitutionnels invoqués par les États étrangers, auteurs des questions posées.

Une telle interprétation n'allait cependant pas de soi puisque la chambre des appels correctionnels de la cour d'appel de Paris, spécialisée dans le droit de la presse (chambre 2-7), avait, par une décision du 15 février 2017, dit n'y avoir lieu de transmettre à la Cour de cassation une question prioritaire de constitutionnalité similaire, que lui avait soumise l'un de ces États à l'occasion de son appel d'un jugement ayant déclaré irrecevable sa constitution de partie civile du chef de diffamation publique envers un particulier, et ce, par le motif que les dispositions de l'article 32, alinéa 1, de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse ne sauraient être interprétées comme

excluant par principe un État étranger du droit d'agir en diffamation. La doctrine était elle-même hésitante sur le fondement possible d'une telle action par un État étranger (C. Bigot, *Pratique du droit de la presse*, Victoires, 2e éd., 2017, p. 199 à 201).

En outre, dès lors que l'interprétation de la disposition législative déférée n'avait pas encore été fixée par une jurisprudence établie de la Cour de cassation, il était loisible à la chambre criminelle de renvoyer la question au Conseil constitutionnel en lui laissant le soin de dégager l'interprétation convenable du texte et d'apprécier la constitutionnalité de la disposition ainsi interprétée.

La chambre criminelle a cependant préféré exercer pleinement son pouvoir normatif en dégageant elle-même l'interprétation lui paraissant s'imposer.

D. Un pouvoir normatif de très forte intensité

Enfin, le rôle normatif de la Cour de cassation s'exerce d'une manière singulière lorsque la question posée critique une disposition législative dans la portée effective que lui confère une interprétation jurisprudentielle.

1. Si la chambre criminelle estime, au regard des griefs invoqués, que la disposition ainsi interprétée n'est pas contraire à des droits ou libertés que la Constitution garantit, elle s'efforce, à tout le moins, d'expliciter les fondements de sa jurisprudence, voire d'en justifier la pertinence.

À cet égard, on peut citer la décision du 20 juin 2017 par laquelle la chambre criminelle s'est appliquée à justifier que l'interprétation constante qu'elle donne des dispositions de l'article 574 du code de procédure pénale, selon laquelle le pourvoi du prévenu contre l'arrêt le renvoyant devant le tribunal correctionnel est recevable lorsque la décision a été rendue sur le seul appel de la partie civile, tandis qu'il est en principe irrecevable lorsque l'arrêt de renvoi a été rendu sur l'appel du ministère public, n'instaure pas une différence de traitement injustifiée dans l'accès au juge de cassation (Crim., 20 juin 2017, QPC nº 17-82.215, publiée au *Bulletin*).

La décision énonce ainsi que « selon l'article 574 du code de procédure pénale, […] le pourvoi est […] ouvert lorsque l'arrêt présente des dispositions définitives que le tribunal, saisi de la prévention, n'a pas le pouvoir de modifier, et, à ce titre, lorsque l'arrêt attaqué, infirmant, sur le seul appel de la partie civile, une ordonnance de non-lieu, renvoie la personne mise en examen devant la juridiction correctionnelle, sans que le prévenu, placé dans cette situation, puisse contester la recevabilité de la constitution de partie civile et sa qualité à agir, en tant que cette constitution a déterminé la saisine de la juridiction sur l'action publique ; […] ; Qu'ainsi, ledit texte assure un accès effectif au juge et des droits équivalents entre les prévenus, à partir de situations procédurales distinctes, et garantit le respect des droits de la défense, dès lors que le pourvoi est recevable lorsque les dispositions de l'arrêt de la chambre de l'instruction ne peuvent pas être modifiées par le tribunal devant lequel le prévenu est renvoyé ».

De même, par ses décisions du 14 novembre 2017 (Crim., 14 novembre 2017, QPC nº 17-82.435, publié au *Bulletin*) et du 6 février 2018 (Crim., 6 février 2018, QPC nº 17-85.301, publié au *Bulletin*), la chambre criminelle, après avoir énoncé que « tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à une disposition législative [y compris]

lorsque cette disposition a fait l'objet d'une déclaration de conformité à la Constitution par le Conseil constitutionnel lors de l'exercice par celui-ci de son contrôle *a priori* », s'est appliquée à justifier que sa jurisprudence subordonnant la recevabilité d'un moyen de nullité pris de l'irrégularité d'une mesure de géolocalisation ou de sonorisation d'un véhicule à la condition, hors le cas où serait démontré le recours par les autorités publiques à un procédé déloyal, que le requérant dispose d'un droit ou d'un titre sur le véhicule en question, n'enfreint pas le principe d'égalité des justiciables, les droits de la défense ou le droit à un recours juridictionnel effectif.

2. Cependant il arrive que la question posée révèle que la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante de la chambre criminelle confère à une disposition législative comporte un risque d'atteinte à un droit ou une liberté garantis par la Constitution.

L'alternative offerte à la chambre est alors de renvoyer au Conseil constitutionnel l'examen du texte dans l'interprétation litigieuse, en vue d'une éventuelle censure, ou de dire n'y avoir lieu à renvoi en remédiant elle-même au risque d'inconstitutionnalité né de sa propre jurisprudence.

C'est cette seconde solution qu'elle a privilégiée, notamment, par une décision du 12 avril 2012 par laquelle elle a dit n'y avoir lieu de renvoyer une question prioritaire de constitutionnalité portant sur l'article 132-5 du code pénal, relatif au régime de confusion des peines, tel que ce texte était interprété de manière constante depuis un arrêt du 24 janvier 2007 (Crim., 12 avril 2012, QPC nº 12-90.004, *Bull. crim.* 2012, nº 100). Par cet arrêt, rendu sous l'empire du nouveau code pénal, la chambre criminelle avait modifié, dans un sens plus sévère, la jurisprudence prévalant sous l'empire de l'ancien code sans mesurer que, dans certaines hypothèses, la nouvelle règle pouvait conduire à une rupture d'égalité devant la loi pénale. Or, un cas topique de cette difficulté lui ayant été soumis par une question prioritaire transmise par une juridiction du fond, la chambre criminelle a décidé de procéder à un revirement de sa jurisprudence, en revenant à la solution antérieure. Le principe, ainsi posé dans une décision de non-lieu à renvoi d'une question prioritaire de constitutionnalité, a été réaffirmé un mois plus tard dans un arrêt du 10 mai 2012 (Crim., 10 mai 2012, pourvoi nº 11-87.301, *Bull. crim.* 2012, nº 117 ; *D.* 2012, p. 1833, N. Maziau).

3. Créé par la loi nº 2012-1404 du 17 décembre 2012 de financement de la sécurité sociale pour 2013, l'article L. 452-3-1 du code de la sécurité sociale dispose que « quelles que soient les conditions d'information de l'employeur par la caisse au cours de la procédure d'admission du caractère professionnel de l'accident ou de la maladie, la reconnaissance de la faute inexcusable de l'employeur par une décision de justice passée en force de chose jugée emporte l'obligation pour celui-ci de s'acquitter des sommes dont il est redevable à raison des articles L. 452-1 à L. 452-3 ». Le texte est applicable aux actions en reconnaissance de la faute inexcusable de l'employeur introduites devant les tribunaux des affaires de sécurité sociale à compter du 1er janvier 2013.

Saisie d'une question prioritaire de constitutionnalité portant, notamment, sur la conformité de ce texte au principe d'égalité, la haute juridiction a jugé que cette question ne présentait pas un caractère sérieux, dès lors qu'il résulte de l'interprétation qu'elle donne des dispositions de l'article R. 441-14, alinéa 4, du code de la sécurité sociale, dans sa rédaction issue du décret nº 2009-938 du 29 juillet 2009 relatif à la procédure d'instruction des déclarations d'accidents du travail et maladies professionnelles, que

«l'employeur demeure recevable, nonobstant le caractère définitif de la décision de prise en charge au titre de la législation professionnelle de l'accident, de la maladie ou de la rechute, à contester le caractère professionnel de ces événements lorsque sa faute inexcusable est recherchée par la victime ou ses ayants droit» (2e Civ., 30 juin 2016, QPC no 16-40.210, *Bull.* 2016, no 186).

4. La chambre sociale de la Cour de cassation peut être conduite, dans des cas très précis, à refuser de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité au motif qu'elle tend à contester l'interprétation jurisprudentielle constante que la chambre sociale donne d'une disposition législative, interprétation rendue nécessaire pour que cette disposition législative soit conforme aux prescriptions d'une directive de l'Union européenne. Ainsi, en matière de forfait jours, la chambre sociale de la Cour de cassation, en recourant au mécanisme de l'interprétation conforme, avait déclaré le système français du forfait jours compatible avec les directives européennes de 1993 et de 2003 concernant l'aménagement du temps de travail, sous réserve d'un certain encadrement par voie d'accords collectifs ou de conventions collectives (Soc., 29 juin 2011, pourvoi no 09-71.107, *Bull.* 2001, V, no 181). Plusieurs questions prioritaires de constitutionnalité contestaient, d'une part cet encadrement jurisprudentiel, d'autre part le choix de la nullité de la convention de forfait-jours en cas de non-respect de cet encadrement. Si les directives de 1993 et de 2003 sur le temps de travail n'imposent pas aux États membres le recours au forfait jours, elles exigent néanmoins qu'ils veillent à ce que l'existence d'un tel système dérogatoire ne nuise pas à la santé et la sécurité du travailleur. Par ailleurs, bien que les directives ne précisent pas le régime des sanctions, lequel régime relevant de la compétence des États membres, il résulte toutefois d'une jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne que les États doivent prévoir des sanctions suffisamment efficaces et dissuasives pour assurer l'effet utile des dispositions de la directive. Faute de toute disposition législative française sur le régime de la sanction, la chambre sociale a fait application de la nullité de la clause instaurant le forfait jours dans l'hypothèse où elle ne répond pas aux conditions résultant de l'interprétation faite par sa jurisprudence de l'article L. 3121-38 du code du travail.

Dans sa décision du 7 juillet 2015 (Soc., 7 juillet 2015, QPC no 15-12.417, *Bull.* 2015, V, no 136), la chambre sociale a jugé que : «les dispositions de l'article L. 212-15-3, devenu L. 3121-38, du code du travail, telles qu'interprétées par la Cour de cassation à la lumière de l'article 17, § 1 et 4, de la directive 93/104/CE du Conseil du 23 novembre 1993, des articles 17, § 1, et 19 de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 et de l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui ne permettent de déroger aux règles relatives à la durée du travail que dans le respect des principes généraux de la protection de la sécurité et de la santé du travailleur, mettent en œuvre l'exigence constitutionnelle de santé et de sécurité au travail qui découle du onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946; qu'elles ne portent pas atteinte à une situation légalement acquise et ne méconnaissent aucun des principes constitutionnels applicables invoqués; que cette disposition législative, ainsi interprétée, ne mettant en cause aucune règle ni aucun principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, il n'y a pas lieu de la renvoyer au Conseil constitutionnel». La chambre sociale de la Cour de cassation se fonde ainsi à la fois sur une solution de non-lieu à renvoi en application de la jurisprudence «Daoudi» du Conseil constitutionnel (Cons. const., 17 décembre 2010, décision no 2010-79 QPC, M. Kamel D. [Transposition d'une directive]), s'agissant de

l'interprétation de dispositions législatives qui se bornent à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises d'une directive de l'Union européenne, et sur un contrôle de fond de la constitutionnalité de la disposition législative.

Les avantages que l'on peut reconnaître à cette manière de procéder, comme les critiques doctrinales susceptibles de lui être adressées, sont exposés dans les actes du colloque sur « Le contrôle de constitutionnalité des décisions de justice : une nouvelle étape après la QPC ? », organisé les 23 et 24 juin 2016 à l'université d'Aix-Marseille (partie III, chapitre I : « Le contrôle par les juridictions suprêmes de leur propre jurisprudence », *in* M. Fatin-Rouge Stefanini et C. Severino (dir.), « Le contrôle de constitutionnalité des décisions de justice : une nouvelle étape après la QPC ? », *Confluence des droits* [en ligne]. Aix-en-Provence : Droit international, comparé et européen, 2017, p. 269 ; disponible sur internet : http://dice.univ-amu.fr/fr/dice/dice/publications/confluence-droits).

Quoi qu'il en soit, il s'agit de l'expression la plus poussée du pouvoir normatif exercé par la Cour de cassation à l'occasion de l'examen d'une question prioritaire de constitutionnalité.

Section 2. Le contrôle de conventionnalité

Le rôle du juge dans l'application des règles supranationales, droit issu de l'Union européenne et des conventions internationales, au premier rang desquelles la Convention européenne des droits de l'homme, a été évoqué dans l'*Étude* 2017 de la Cour de cassation (partie 1, titre 1, chapitre 2, p. 38 à 98).

Le contrôle exercé sur le fondement de la Convention européenne des droits de l'homme (§ I) et sur le fondement du droit de l'Union européenne (§ II) constitue la face la plus visible du contrôle de la loi au regard du droit supranational dans lequel la Cour de cassation s'est engagée dès 1975.

§ I. Le contrôle de compatibilité de la loi au regard de la Convention européenne des droits de l'homme

L'évaluation de la loi se réalise par le contrôle de conventionnalité qui repose fréquemment sur le principe de proportionnalité éprouvant, *in abstracto*, la légitimité et la nécessité de l'ingérence du législateur dans les droits et libertés fondamentaux inscrits dans la CEDH (A). Ce contrôle de conventionnalité ne concurrence pas le contrôle de constitutionnalité. Ils sont complémentaires (B).

A. Mise en œuvre du contrôle de conventionnalité

La mise en œuvre du contrôle de conventionnalité sera illustrée par le contentieux de l'accès des étrangers aux prestations familiales (1), de la protection des salariés (2) et celui des intérêts civils après relaxe (3).

1. L'exemple de l'accès aux prestations familiales par les étrangers

La question du droit d'accès aux prestations familiales par les étrangers non ressortissants d'un État membre de l'Union européenne, d'un autre État partie à l'accord

sur l'Espace économique européen, ou de la Confédération suisse, a donné lieu à un contentieux nourri, mettant tour à tour en jeu les principes de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales tels qu'ils résultent de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, comme les accords internationaux et les conventions bilatérales.

Le code de la sécurité sociale (article L. 512-1) affirme le principe du droit pour toute personne résidant en France, en situation régulière et quelle que soit sa nationalité, à bénéficier des prestations familiales pour les enfants à sa charge résidant en France (articles L. 512-1 et L. 512-2). À ces conditions propres à l'allocataire, s'ajoutent celles qui concernent la situation de l'enfant dont la régularité de l'entrée et du séjour doit être justifiée par un des documents énumérés par l'article D. 512-2 du même code, au nombre desquels figure le certificat de contrôle médical délivré par l'Office français de l'immigration et de l'intégration à l'issue de la procédure d'introduction ou d'admission au séjour au titre du regroupement familial.

Si ces dispositions avaient été déclarées conformes à la Constitution par le Conseil constitutionnel (Cons. const., 15 décembre 2005, décision n° 2005-528 DC, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2006, cons. 11 et s.), étaient-elles pour autant compatibles avec les stipulations des articles 8 et 14 de la Convention de sauvegarde et 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant ?

Par l'effet de l'application combinée de l'article 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales avec l'article 1er du Protocole n° 1, qui respectivement prohibe les discriminations et protège la propriété, la CEDH a en effet étendu le principe de non-discrimination aux droits patrimoniaux et, par ce biais, à la jouissance des prestations sociales qu'elles soient contributives ou non contributives (CEDH, 16 septembre 1996, Gaygusuz c. Autriche, n° 17371/90 ; CEDH, Gde ch., déc., 6 juil. 2005, n° 65731/01 et n° 65900/01, Stec et a. c/R.-U.). La CEDH juge discriminatoire une différence de traitement, au sens de l'article 14, si cette différence ne repose pas sur une justification objective et raisonnable, qui implique qu'un but légitime soit poursuivi ou qu'il existe un rapport de proportionnalité raisonnable entre les moyens employés et le but recherché.

Par deux arrêts du 3 juin 2011, alors que des ressortissants congolais contestaient le refus d'une caisse d'allocations familiales de leur accorder des prestations familiales au motif que leurs enfants les avaient rejoints en France sans que soit respectée la procédure de regroupement familial, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a jugé que les articles L. 512-2 et D. 512-2, dans leur rédaction issue respectivement de la loi n° 2005-1579 du 19 décembre 2005 de financement de la sécurité sociale pour 2006 et du décret n° 2006-234 du 27 février 2006 pris pour l'application de l'article L. 512-2 du code de la sécurité sociale, subordonnant le versement des prestations familiales à la production d'un document attestant d'une entrée régulière des enfants étrangers en France et en particulier, pour les enfants entrés au titre du regroupement familial, du certificat médical délivré par l'Office français de l'intégration et de l'immigration revêtaient un caractère objectif justifié par la nécessité dans un État démocratique d'exercer un contrôle des conditions d'accueil des enfants, ne portaient pas une atteinte disproportionnée au droit à la vie familiale garanti par les articles 8 et 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ni ne méconnaissaient les dispositions de l'article 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant

(Ass. plén., 3 juin 2011, pourvoi n° 09-69.052, *Bull.* 2011, Ass. plén., n° 6; Ass. plén., 3 juin 2011, pourvoi n° 09-71.352, *Bull.* 2011, Ass. plén., n° 5, *Rapport annuel* 2011, p. 386).

L'analyse de la Cour de cassation a été entérinée par la Cour européenne des droits de l'homme dans un arrêt du 1er octobre 2015 concernant les mêmes parties. La CEDH a ainsi retenu que « le refus d'attribuer les allocations familiales aux requérants était dû, non pas à leur seule nationalité ou tout autre critère couvert par l'article 14, mais au non-respect par eux des règles applicables au regroupement familial, ces dernières constituant une différence de traitement reposant sur une justification objective et raisonnable » (CEDH, 1er octobre 2015, Okitaloshima Okonda Osungu et autres c. France, n° 76860/11 et n° 51354/13).

Ces textes du code de la sécurité sociale ne sont toutefois pas compatibles avec les clauses des accords euro-méditerranéens, en ce qu'ils instituent une discrimination directement fondée sur la nationalité, ainsi que l'a jugé la Cour de cassation par deux arrêts d'assemblée plénière du 5 avril 2013 (Ass. plén., 5 avril 2013, pourvoi n° 11-17.520, *Bull.* 2013, Ass. plén., n° 2; Ass. plén., 5 avril 2013, pourvoi n° 11-18.947, *Bull.* 2013, Ass. plén., n° 3, *Rapport annuel* 2013, p. 494) en retenant, s'agissant de ressortissants turcs et algériens et par référence expresse à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJCE, arrêt du 5 avril 1995, Krid/Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés, C-103/94; CJCE, arrêt du 15 janvier 1998, Babahenini/État belge, C-113/97; CJCE, ordonnance du 13 juin 2006, Echouikh, C-336/05; CJCE, ordonnance du 17 avril 2007, El Youssfi, C-276/06), que ces accords d'association instituaient une égalité de traitement entre les ressortissants communautaires et ceux des pays signataires résidant légalement dans un État membre et étaient pourvus d'un effet direct en droit interne, de sorte que « la législation de [l'] État membre ne saurait soumettre l'octroi d'une prestation sociale à un [ressortissant d'un État partie à l'accord] à des conditions supplémentaires ou plus rigoureuses par rapport à celles applicables à ses propres ressortissants » et que l'exigence de production du certificat médical délivré dans le cadre de la procédure de regroupement familial devait être écartée (dans le même sens, pour des enfants marocains : 2e Civ., 12 février 2015, pourvoi n° 13-26.821).

En outre, la Cour de cassation s'attache à une interprétation stricte des conventions bilatérales qui sont invoquées au soutien d'une égalité de traitement en matière de sécurité sociale (en illustration, s'agissant de l'application à la législation des prestations familiales de la Convention générale sur la sécurité sociale conclue le 5 janvier 1990 entre la France et la Yougoslavie, 2e Civ., 6 novembre 2014, pourvoi n° 13-23.318, *Bull.* 2014, II, n° 223, voir aussi « L'application des conventions en matière de sécurité sociale », *in Étude* 2017, p. 83). Ainsi a-t-elle jugé, au bénéfice du moyen relevé d'office tiré de l'application combinée des articles L. 512-2 et D. 512-2 du code de la sécurité sociale, de la Convention franco-ivoirienne de sécurité sociale et de la Convention franco-ivoirienne relative à la circulation et au séjour des personnes, que l'accord bilatéral de sécurité sociale en cause, bien qu'établissant une égalité de traitement réciproque entre les ressortissants de chacun des pays signataires, ne dispensait pas un ressortissant ivoirien de justifier qu'il avait préalablement respecté les conditions du regroupement familial pour obtenir en France des prestations familiales pour son enfant né en Côte d'Ivoire (2e Civ., 3 novembre 2016, pourvoi n° 15-21.204, *Bull.* 2016, II, n° 245). La Cour de cassation a ainsi procédé à l'articulation de deux conventions bilatérales, conclues entre les mêmes parties, ayant la même portée dans l'ordre juridique interne

conformément à l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958, en prenant en compte l'objectif respectif de chacune d'elles. Le même raisonnement a été adopté, à la faveur d'une substitution de motifs de pur droit, s'agissant des conventions franco-camerounaises (2e Civ., 25 janvier 2018, pourvoi nº 17-11.436, publié au *Bulletin*; *JCP* éd. S, 20 février 2018, 1073, com. E. Jeansen).

Enfin, la Cour de cassation a eu l'occasion de juger que les prestations familiales du régime français ne peuvent se cumuler avec les prestations pour enfants versées en application des traités, conventions ou accords internationaux auxquels la France est partie. Ainsi, une personne exerçant un emploi salarié au sein de l'organisation internationale ITER pour l'énergie de fusion, relève du régime spécifique de protection sociale de cette dernière et ne peut donc prétendre aux prestations familiales prévues par la législation et la réglementation françaises (2e Civ., 6 juillet 2017, pourvoi nº 16-17.958, publié au *Bulletin*).

2. La protection des salariés

Le contrôle de conventionnalité exercé *in abstracto* par la chambre sociale de la Cour de cassation connaît un spectre relativement large de droits et libertés consacrés par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Ayant récemment eu à se prononcer, dans le cadre d'un pourvoi, sur l'immunité de juridiction d'une organisation internationale, la Banque des États d'Afrique centrale (BEAC) dans un litige l'opposant à l'un de ses salariés, la chambre sociale a estimé que la cour d'appel faisait ressortir, dans ses constatations, que les garanties prévues par l'article 6, § 1, de cette convention, relatives plus particulièrement à l'impartialité et l'équité du recours de nature juridictionnelle, n'étaient pas en l'espèce offertes par celle-ci, en sorte qu'elle ne pouvait pas valablement faire valoir l'exception d'immunité de juridiction (Soc., 13 décembre 2017, pourvoi nº 15-13.098, publié au *Bulletin*).

De la même manière, dans son appréciation de la licéité d'un système de géolocalisation des véhicules mis à la disposition du personnel itinérant (Soc., 20 décembre 2017, pourvoi nº 16-12.569) et, partant, de la qualification de la prise d'acte par le salarié de la rupture de son contrat de travail en raison de la mise en œuvre de ce système par l'employeur, la chambre sociale a fait application d'un attendu de principe énoncé dans une affaire précédente (Soc., 3 novembre 2011, pourvoi nº 10-18.036, *Bull.* 2011, V, nº 247), certes sur le fondement de l'article L. 1121-1 du code du travail, mais qui s'appuie sur les mêmes principes de proportionnalité entre l'objectif poursuivi et l'atteinte aux libertés individuelles, selon lequel « un système de géolocalisation ne peut être utilisé par l'employeur pour d'autres finalités que celles qui ont été déclarées auprès de la Commission nationale de l'informatique et des libertés [(CNIL)], et portées à la connaissance des salariés ». Ayant précédemment rappelé que « l'utilisation d'un système de géolocalisation pour assurer le contrôle de la durée du travail […] n'est licite que lorsque ce contrôle ne peut être fait par un autre moyen », elle a jugé « qu'ayant constaté que la société avait organisé une réunion d'information […], suivie d'une déclaration à la CNIL […], avant de procéder à l'installation du dispositif et que, par lettre […] adressée au salarié, elle avait rappelé les finalités de la géolocalisation, ce dont il résultait qu'à la date de la prise d'acte […] il n'était pas justifié d'un manquement de l'employeur rendant impossible la poursuite du contrat de travail, la cour d'appel a légalement justifié sa décision » et a rejeté le pourvoi fondé notamment

sur l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La géolocalisation n'étant réputée admissible que dans le cadre des finalités strictement définies par la CNIL dans sa délibération n° 2006-06 du 16 mars 2006, portant adoption d'une recommandation relative à la mise en œuvre de dispositifs destinés à géolocaliser les véhicules automobiles utilisés par les employés d'un organisme privé ou public, et la jurisprudence s'appuyant sur le principe de déclaration préalable à la CNIL d'un tel système de contrôle, il conviendra d'examiner l'incidence sur cette dernière de l'adoption de la loi relative à la protection des données personnelles, suite au règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), qui met fin au principe de déclaration préalable et prévoit, en cas de risque élevé pour cette protection des données, l'obligation pour l'employeur de réaliser une analyse d'impact avec l'aide des outils développés par la CNIL.

Avec le développement des ordinateurs mis à la disposition des salariés à des fins professionnelles, la chambre sociale de la Cour de cassation a élaboré une jurisprudence depuis l'arrêt « Nikon » (Soc., 2 octobre 2001, pourvoi n° 99-42.942, *Bull.* 2001, V, n° 291) qui, au visa des articles 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 9 du code civil, 9 du nouveau code de procédure civile et L. 120-2 du code du travail (devenu L. 1121-1 du même code), pose le principe selon lequel « le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée ; que celle-ci implique en particulier le secret des correspondances ; que l'employeur ne peut dès lors sans violation de cette liberté fondamentale prendre connaissance des messages personnels émis par le salarié et reçus par lui grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail et ceci même au cas où l'employeur aurait interdit une utilisation non professionnelle de l'ordinateur ». La chambre sociale de la Cour de cassation juge que les dossiers et fichiers créés par un salarié grâce à l'outil informatique mis à sa disposition par son employeur pour l'exécution de son travail sont présumés, sauf si le salarié les identifie comme étant personnels, avoir un caractère professionnel de sorte que l'employeur peut y avoir accès hors sa présence (Soc., 17 mai 2005, pourvoi n° 03-40.017, *Bull.* 2005, V, n° 165 ; Soc., 18 octobre 2006, pourvoi n° 04-48.025, *Bull.* 2006, V, n° 308 ; Soc., 21 octobre 2009, pourvoi n° 07-43.877, *Bull.* 2009, V, n° 226 ; Soc., 19 juin 2013, pourvoi n° 12-12.138, *Bull.* 2013, V, n° 158), y compris lorsqu'ils proviennent d'une clé USB personnelle connectée à un ordinateur professionnel (Soc., 12 février 2013, pourvoi n° 11-28.649, *Bull.* 2013, V, n° 34), ou pour les courriels envoyés ou reçus par le salarié sur son ordinateur personnel (Soc., 26 juin 2012, pourvoi n° 11-15.310, *Bull.* 2012, V, n° 196) même lorsque ces courriels, intégrés sur le disque dur de l'ordinateur, émanaient à l'origine de la messagerie personnelle du salarié (Soc., 19 juin 2013, pourvoi n° 12-12.138, *Bull.* 2013, V, n° 158). La chambre sociale a en outre affirmé, au visa des articles 8 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 9 du code civil que « si l'employeur peut toujours consulter les fichiers qui n'ont pas été identifiés comme personnels par le salarié, il ne peut toutefois les produire dans une procédure judiciaire, si leur contenu relève de la vie privée sans l'accord de ce dernier » et a jugé qu'une cour d'appel, « ayant constaté que les messages électroniques litigieux provenaient de la messagerie personnelle de la salariée distincte de la messagerie professionnelle dont

celle-ci disposait pour les besoins de son activité; […] en a exactement déduit que ces messages électroniques devaient être écartés des débats en ce que leur production en justice portait atteinte au secret des correspondances» (Soc., 10 mai 2012, pourvoi nº 11-11.252). Elle a, dans un arrêt postérieur, approuvé une cour d'appel qui, «ayant constaté que les messages électroniques litigieux provenaient de la messagerie personnelle de la salariée distincte de la messagerie professionnelle dont celle-ci disposait pour les besoins de son activité», en a déduit que «ces messages électroniques devaient être écartés des débats en ce que leur production en justice portait atteinte au secret des correspondances» (Soc., 26 janvier 2016, pourvoi nº 14-15.360, *Bull.* 2016, V, nº 12).

Dans un arrêt du 22 février 2008, la Cour de Strasbourg a conclu à l'absence de violation de cet article dans un litige où un salarié de la SNCF, considérée comme «une autorité publique» au sens de l'article 8, § 2, de ce texte, se plaignait d'une ingérence dans sa vie privée par son employeur. Elle a retenu que le droit positif français prévoyait un dispositif de protection de la vie privée et y a explicitement intégré certains arrêts précités de la Cour de cassation lors de l'examen de celui-ci. Elle a jugé que la cour d'appel, qui avait repris le principe posé dans ces arrêts en les adaptant aux circonstances particulières de l'espèce, soit un salarié qui avait dénommé l'ensemble de son disque dur «personnel» et y avait enregistré des fichiers à caractère pornographique, avait adopté des motifs «pertinents et suffisants», en sorte que les autorités internes n'avaient pas excédé la marge d'appréciation dont elles disposent (CEDH, arrêt du 22 février 2008, Libert c. France, nº 588/13).

3. La jurisprudence de la chambre criminelle en matière d'intérêts civils après relaxe définitive au pénal

La situation de la partie civile, seule appelante d'un jugement de relaxe, a donné lieu à une évolution intéressante, par laquelle la chambre criminelle de la Cour de cassation a infléchi sa jurisprudence à la suite d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, tout en maintenant quasi intégralement, les solutions anciennes sous un nouvel «habillage».

Traditionnellement, en effet, lorsque les premiers juges avaient renvoyé le prévenu des fins de la poursuite, et que la partie civile interjetait seule appel, la chambre criminelle acceptait qu'elle puisse obtenir réparation, la cour d'appel étant alors tenue de rechercher si les faits qui lui étaient déférés entraient «dans les prévisions des textes fondant la poursuite» (Crim., 12 février 2013, pourvoi nº 12-82.945) voire étaient «constitutifs d'une infraction pénale qui engage la responsabilité de son auteur» (Crim., 1er juin 2010, pourvoi nº 09-87.159, *Bull. crim.* 2010, nº 96) et de statuer en conséquence sur la demande de réparation des parties civiles, sans prononcer de peine (Crim., 22 octobre 1997, pourvoi nº 96-85.970, *Bull. crim.* 1997, nº 345).

Comme l'écrit un auteur (V. Wester-Ouisse, «Le sort de la victime en cas de relaxe : quelle faute civile ?» *D.* 2016, p. 2018), la partie civile pouvait donc obtenir réparation en vertu d'une «quasi-infraction qui supposait, par exemple, qu'une composante de l'élément matériel manque ou que l'intention requise ne soit pas suffisamment caractérisée». Mais en réalité, il s'agissait souvent d'une manière pour les juges d'appel de désavouer les juges de première instance sans remettre en cause la relaxe, devenue définitive du fait de l'absence d'appel du ministère public. Dans l'arrêt précité du 1er juin 2010, concernant l'affaire du chasseur qui avait tiré sur l'ourse Cannelle, la cour d'appel a été

approuvée pour avoir exclu, certes pour en tirer des conséquences purement civiles, l'état de nécessité, pourtant reconnu par les premiers juges.

À la suite de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire Lagardère contre France (CEDH, arrêt du 12 avril 2012, Lagardère c. France, nº 18851/07), concluant notamment à la violation de l'article 6, § 2, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, relativement à la présomption d'innocence en raison de la poursuite de l'action civile devant les juridictions répressives malgré le décès du prévenu, la chambre criminelle décide constamment, depuis un arrêt du 5 février 2014 (Crim., 5 février 2014, pourvoi nº 12-80.154, *Bull. crim.* 2014, nº 35 ; *Rapport* 2014, p. 522 ; *D.* 2014, p. 807, note L. Saenko ; *JCP* 2014, éd. G, Act. nº 195, note J.-Y. Maréchal ; *Droit pénal* 2014, com. nº 46, note A. Maron et M. Haas), que la cour d'appel, saisie du seul appel de la partie civile contre un jugement de relaxe, ne peut, sans méconnaître la présomption d'innocence, retenir que les éléments constitutifs de l'infraction sont caractérisés à l'encontre de la personne définitivement relaxée (Ass. plén., 9 janvier 2015, pourvoi nº 13-80.967, *Bull. crim.* 2015, Ass. plén, nº 1 ; *JCP* 2015, éd. G, II, 187, note T. Lahalle ; Crim., 13 octobre 2015, pourvoi nº 14-82.272, *Bull. crim.* 2015, nº 220). Cependant, comme cela a été affirmé à de nombreuses reprises, dès lors que l'autorité de la chose jugée attachée aux dispositions relatives à l'action publique ne fait pas obstacle au droit pour la partie civile, seule appelante d'une décision de relaxe, d'obtenir réparation de son préjudice résultant directement d'une « faute civile démontrée, à partir et dans les limites des faits objets de la poursuite », il appartient à la cour d'appel de rechercher d'elle-même l'existence d'une telle faute (voir les décisions précitées et en dernier lieu, Crim., 20 septembre 2016, pourvoi nº 15-85.025 ; Crim., 7 mars 2017, pourvoi nº 15-85.971 ; Crim., 22 novembre 2017, pourvoi nº 16-85.804 ; Crim., 16 janvier 2018, pourvoi nº 17-80.070 ; Crim., 23 janvier 2018, pourvoi nº 17-81.369 ; Crim., 28 mars 2018, pourvoi nº 16-86.795 ; Crim., 28 mars 2018, pourvoi nº 16-86.795).

Avec quelques années de recul, il ressort de cette jurisprudence que le terme de « faute civile » ne renvoie pas, comme le fait l'article 470-1 du code de procédure pénale, à une application des règles du droit civil, ni même à la faute de l'ancien article 1382, devenu 1240 du code civil, mais reformule les solutions antérieures, en évitant toute référence à la culpabilité du prévenu relaxé et en faisant apparaître, en pratique, l'« omniprésence du texte d'incrimination » (V. Wester-Ouisse, article préc.).

C'est ainsi que la faute doit résulter de faits visés dans la poursuite (Crim., 19 mai 2016, pourvoi nº 15-81.491, *Bull. crim.* 2016, nº 152 ; Crim., 7 décembre 2016, pourvoi nº 16-80.083, *Bull. crim.* 2016, nº 325 ; Crim., 10 mai 2017, pourvoi nº 15-86.906, *Bull. crim.* 2017, nº 135 ; Crim., 30 janvier 2018, pourvoi nº 17-80.878), commis dans le temps visé par la prévention (Crim., 26 octobre 2016, pourvoi nº 15-85.123), et correspondant à la qualification retenue. Ont été cassés des arrêts qui ont relevé, au titre de la faute civile, des faits distincts des faits d'assistance dans la mise à disposition de logements insalubres, seuls visés à la prévention (Crim., 10 mai 2017, pourvoi nº 15-86.906, *Bull. crim.* 2017, nº 135), des faits de vol préparé par les membres d'une association de malfaiteurs, poursuivis de ce seul chef (Crim., 28 février 2017, pourvoi nº 16-81.723), des faits relevant non du proxénétisme aggravé objet des poursuites, mais du recours à la prostitution, non susceptible d'être poursuivi à la date des faits (Crim., 28 février 2018, pourvoi nº 16-85.518). Il convient également que l'action publique

ne soit pas éteinte par la prescription (Crim., 3 novembre 2015, pourvoi n° 14-80.844, *Bull. crim.* 2015, n° 237).

La plupart des décisions ont été rendues après relaxe d'auteurs d'infractions à caractère intentionnel. C'est ainsi que la chambre criminelle de la Cour de cassation valide les arrêts qui, en l'absence de toutes ou de certaines composantes de l'élément matériel de l'infraction, déboutent la partie civile de ses demandes (Crim., 20 avril 2017, pourvoi n° 14-84.562, *Bull. crim.* 2017, n° 113, relaxe de faits de diffusion d'informations fausses ou trompeuses ; Crim., 31 mai 2017, pourvoi n° 15-83.213, de violences envers une personne titulaire de l'autorité ; Crim., 20 juin 2017, pourvoi n° 16-82.908, de violation du secret professionnel ; Crim., 11 juillet 2017, pourvoi n° 15-87.292 ; de vol et destruction du bien d'autrui ; Crim., 2 novembre 2017, pourvoi n° 16-85.622, d'abus de faiblesse ; Crim., 23 janvier 2018, pourvoi n° 17-80.524, relaxe d'injure publique ; Crim., 27 février 2018, pourvoi n° 17-81.990 ; Crim., 27 février 2018, pourvoi n° 17-81.123, de diffamation ; Crim., 12 décembre 2017, pourvoi n° 16-87.143, relaxe de délit d'entrave).

En revanche, elle casse les arrêts qui, en présence de ces composantes, ont débouté la partie civile de ses demandes après avoir relaxé le prévenu. Elle critique donc, par ce biais, la relaxe prononcée par les juges du fond. C'est ainsi qu'en matière d'escroquerie, la chambre criminelle juge régulièrement que l'existence de manœuvres frauduleuses au sens de l'article 313-1 du code pénal, pourtant écartée par les premiers juges, entraîne la mise en œuvre de la responsabilité civile (Crim., 16 décembre 2015, pourvoi n° 14-87.200 ; Crim., 9 décembre 2015, pourvoi n° 14-87.119 ; Crim., 4 mai 2016, pourvoi n° 15-81.244, *Bull. crim.* 2016, n° 137 ; Crim., 28 juin 2017, pourvoi n° 16-80.079) ou constate l'existence de faits constitutifs de harcèlement moral, dont l'employeur a été relaxé (Crim., 7 juin 2017, pourvoi n° 16-84.779 ; voir aussi, après relaxe de faits de contrefaçon : Crim., 17 janvier 2017, pourvoi n° 15-86.363 ; d'abus de faiblesse : Crim., 8 février 2017, pourvoi n° 16-81.194 ; de diffamation : Crim., 28 mars 2017, pourvoi n° 16-80.247 ; d'abus de confiance : 20 avril 2017, pourvoi n° 15-86.267 ; de violences aggravées : 30 mai 2017, pourvoi n° 16-85.483 ; de faux et usage de faux : Crim., 31 mai 2017, pourvoi n° 15-83.213).

S'agissant de l'élément intentionnel de l'infraction, la chambre criminelle de la Cour de cassation a également marqué sa volonté de se limiter strictement aux contours de l'infraction : c'est ainsi que justifie sa décision la cour d'appel qui déboute la partie civile de ses demandes en estimant que l'intention frauduleuse de l'ami de la victime, qui avait opéré des retraits avec la carte bleue de celle-ci, n'était pas établie (Crim., 17 février 2016, pourvoi n° 15-80.634, *Bull. crim.* 2016, n° 52).

S'agissant des infractions non intentionnelles, la coïncidence entre les fautes pénales et civiles pouvait sembler plus naturelle, les délits d'homicide involontaire et de blessures involontaires reposant sur des négligences et des imprudences comparables à celles de la responsabilité civile. La victime de ce type d'infraction bénéficie en outre, si elle le souhaite, de la faculté, ouverte par l'article 470-1 du code de procédure pénale, de faire appliquer par la juridiction répressive, en cas de relaxe, les règles du droit civil, telles que les dispositions de la loi sur les accidents de la circulation ou même la responsabilité contractuelle. Il permet aussi d'obtenir réparation, devant une juridiction pénale, d'un préjudice résultant d'une simple perte de chance (Crim., 3 novembre 2010, *Bull. crim.* 2010, n° 170) ou de faire condamner le civilement responsable (Crim., 15 novembre 2016, pourvoi n° 15-84.692). L'application de l'article 470-1 doit être

demandée par la partie civile avant la clôture des débats, devant la juridiction qui prononce la relaxe, et, s'il s'agit de la cour d'appel, à condition qu'elle l'ait invoquée en première instance, expressément ou implicitement, par exemple en sollicitant l'application de la loi nº 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation (Crim., 30 septembre 1998, pourvoi nº 97-80.135, *Bull. crim*. 1998, nº 241), faute de quoi, la demande est irrecevable (Crim., 10 juillet 1989, pourvoi nº 88-86.054, *Bull. crim*. 1989, nº 286 ; Crim., 29 juin 1997, pourvoi nº 96-82.167, *Bull. crim*. 1997, nº 38 ; Crim., 29 juin 1999, pourvoi nº 98-83.517, *Bull. crim.* 1999, nº 161 ; Crim., 14 mai 2008, pourvoi nº 08-80.202, *Bull. crim.* 2008, nº 112).

Mais lorsque l'article 470-1 du code de procédure pénale n'est pas invoqué par la partie civile seule appelante d'une décision de relaxe, ou que celle-là n'est plus recevable à le faire, la chambre criminelle estime qu'il incombe à la cour d'appel, comme en matière d'infraction intentionnelle, de rechercher une faute civile à partir et dans la limite des faits objets de la poursuite (Crim., 20 mars 2018, pourvoi nº 17-81.228, rendu dans une espèce particulière où le juge pénal était incompétent pour statuer sur l'indemnisation, ce qui ne le dispensait pas de statuer sur le principe de la responsabilité, voir Crim., 14 novembre 2017, pourvoi nº 17-80.934, publié au *Bulletin*). Dès lors, les juges peuvent constater souverainement l'absence de toute faute d'imprudence, comme dans cette dernière espèce, où la cour d'appel était saisie après relaxe d'un guide de haute montagne, poursuivi à la suite de la chute mortelle d'un client (voir aussi pour le médecin d'un organisme d'assistance à la suite du décès d'un voyageur lors d'un séjour au Maroc, Crim., 21 mars 2017, pourvoi nº 15-87.377).

On a pu toutefois se demander si le régime de la responsabilité pour faute civile après relaxe d'une infraction à caractère non-intentionnel devait être aussi étroitement lié à l'infraction pénale qu'en matière d'infraction intentionnelle.

C'est ainsi qu'une cour d'appel (Crim., 27 octobre 2015, pourvoi nº 14-86.706), après relaxe d'une femme médecin de garde du fait du décès d'une fillette, saisie par les parents de cette dernière, ayant retenu une faute civile de la prévenue à l'origine d'une perte de chance d'éviter le décès, la chambre criminelle a rejeté le pourvoi formé par ladite prévenue, alors que, dans une logique purement pénaliste, une faute à l'origine d'une simple perte de chance de survie ne saurait constituer un homicide involontaire (Crim., 29 juin 1999, *Bull. crim*. 1999, nº 161 ; Crim., 22 mars 2005, pourvoi nº 04-84.459 ; Crim., 24 mars 2015, pourvoi nº 14-83.200).

Plus récemment, à la suite du décès d'une jeune fille dans l'incendie ayant pris naissance, dans des circonstances indéterminées, au rez-de-chaussée d'un immeuble, à l'intérieur de l'appartement d'un locataire, lequel s'était enfui sans prévenir personne et en laissant la porte ouverte, favorisant ainsi la propagation de l'incendie dans les étages, la cour d'appel, saisie par les seules parties civiles, avait considéré que le comportement du prévenu constituait une faute civile d'imprudence ou de négligence, sans qu'il y ait lieu de qualifier celle-ci de simple ou de caractérisée, ce qui, en vertu de l'article 121-3 du code pénal, alinéa 4, aurait été nécessaire pour retenir à son encontre le délit d'homicide involontaire. Le prévenu ayant formé un pourvoi, la chambre criminelle, par arrêt en date du 2 mai 2018, après avoir déclaré que la cour d'appel avait refusé, à tort, de qualifier la faute imputable au prévenu, a rejeté le pourvoi, observant qu'il ressortait des constatations des juges que celui-ci « avait commis une faute caractérisée qui

exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'il ne pouvait ignorer, de sorte que sa responsabilité civile était engagée, à partir et dans la limite des faits d'homicide involontaire objet de la poursuite» (Crim., 2 mai 2018, pourvoi nº 17-82.449).

Ainsi, tout en évitant le reproche de méconnaître la présomption d'innocence, la chambre criminelle, pour ne pas priver la partie civile du droit de contester en appel la relaxe prononcée en première instance, semble calquer le tracé de la faute, qu'elle a pourtant qualifiée de civile, sur celui des éléments constitutifs de l'infraction.

B. Complémentarité des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité

Les droits et libertés garantis par la Constitution et ceux garantis par la Convention européenne des droits de l'homme sont actuellement très proches. En effet, la Convention européenne englobe l'ensemble des droits fondamentaux résultant de la Constitution de 1958 et de son Préambule, de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, du Préambule de la Constitution de 1946 et des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République auxquels il renvoie. Le Conseil constitutionnel a extrait de ces textes des droits et libertés reconnus par la Convention européenne des droits de l'homme. Et, parallèlement, la Cour de cassation, qui admet le contrôle de conventionnalité depuis l'arrêt de chambre mixte du 24 mai 1975 (Ch. mixte, 24 mai 1975, pourvoi nº 73-13.556, *Bull.* 1975, Ch. mixte, nº4, dit «Société des cafés Jacques Vabre»), prend en compte la jurisprudence de la Cour de Strasbourg.

L'avènement de la question prioritaire de constitutionnalité (*cf.* partie 1, titre 3, chapitre 1, section 2 *supra*) ayant conduit les demandeurs à «jouer sur les deux tableaux», dans certains contentieux, la chambre criminelle de la Cour de cassation est conduite, en même temps, à renvoyer une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel et à apprécier la conventionnalité de la disposition législative litigieuse. Deux exemples illustreront la complémentarité des contrôles : le premier est emprunté au contentieux de la détention provisoire (1) et le second à celui de l'écrou extraditionnel (2).

1. En matière de détention provisoire

Deux arrêts rendus le 12 novembre 2014 au sujet d'une procédure dans laquelle une chambre de l'instruction avait statué après renvoi à la suite d'une cassation, alors que la loi ne fixe aucun délai pour se prononcer, montrent clairement comment la chambre criminelle résout la difficulté.

La question prioritaire de constitutionnalité soulevée était la suivante : «Les dispositions de l'article 194, alinéa 4, du code de procédure pénale sont-elles contraires aux droits et libertés que la Constitution garantit, notamment, d'une part, aux articles 7, 9 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et 66 de la Constitution qui ne permettent de privation de liberté avant jugement que sous le contrôle de l'autorité judiciaire, et d'autre part, à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui affirme un principe d'égalité devant la loi, en ce qu'elles n'imposent pas à la chambre de l'instruction, saisie sur renvoi après cassation de l'examen de la légalité de la détention provisoire, de statuer dans un délai maximum de dix ou quinze jours sanctionné par la mise en liberté de la personne détenue?».

Il était proposé, dans le même temps, un moyen fondé sur une violation de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme, s'agissant du défaut de respect du bref délai imposé par l'alinéa 4 de ce texte pour qu'il soit statué sur la légalité d'une détention.

Eu égard, tout d'abord, à la question prioritaire de constitutionnalité, elle portait donc sur le seul alinéa 4 de l'article 194 du code de procédure pénale précité et soulevait son inconstitutionnalité en ce que, dans ce cas de figure, la disposition n'impose aucun délai à la chambre de l'instruction pour statuer. Dans son rapport, M. le doyen Straehli soulignait le paradoxe suivant : alors que la personne mise en examen, qui savait pouvoir compter sur le bref délai de dix jours fixé par l'article 194 pour voir examiner par la juridiction supérieure la légalité de sa détention, avait obtenu, à sa demande, la censure de l'arrêt attaqué par la chambre criminelle, elle voyait de ce fait sa cause remise en l'état où elle se trouvait à la suite de l'appel, et, partant, ne pouvait bénéficier d'un délai fixé par la loi et imposé à la juridiction de renvoi pour statuer sur ce même recours. Le rapporteur notait encore que l'on était confronté au même paradoxe lorsqu'on examinait la question sous l'angle du principe d'égalité.

La chambre criminelle de la Cour de cassation a décidé du renvoi de cette question en considérant qu'elle présentait « un caractère sérieux au regard des principes constitutionnels de respect de la liberté individuelle et de la présomption d'innocence, d'une part, d'égalité devant la procédure pénale, d'autre part, en ce que l'article 194, alinéa 4, du code de procédure pénale n'impose pas de délai à la chambre de l'instruction de renvoi pour statuer après cassation d'un arrêt prononçant sur la détention provisoire ; qu'en conséquence, la personne mise en examen se trouve dans l'impossibilité de connaître le délai dans lequel sera examinée la légalité de sa détention et de faire sanctionner le dépassement d'un tel délai » (Crim., 12 novembre 2014, pourvoi n° 14-86.016).

Il est notable que ce renvoi est en adéquation avec la suggestion de modification législative émise dans le *Rapport* 2013 de la Cour de cassation (p. 83).

Le renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel, imposait à la chambre criminelle de statuer, sans attendre la réponse de ce dernier, sur le pourvoi du requérant, placé en détention, en application de l'article 23-5, alinéa 4, de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 relative au Conseil constitutionnel.

S'agissant, ensuite, du fond et, de manière générale, du délai raisonnable de la détention, la chambre criminelle laisse les juridictions apprécier souverainement si la durée de la détention provisoire n'excède pas ce délai dit raisonnable dans les limites fixées par la loi (Crim., 10 avril 2002, pourvoi n° 02-80.879), mais elle contrôle les motifs par lesquels les juridictions s'expliquent sur ce sujet, sans procéder elle-même à une appréciation. En conséquence, la chambre criminelle ne tire aucune conséquence, en termes de mise en liberté, d'un éventuel dépassement du délai raisonnable.

En l'espèce, le *Rapport* 2013 de la Cour de cassation précité relevait que, contrairement aux délais fixés par la loi en matière de détention provisoire, qui n'admettent aucune dérogation qu'elle n'ait prévue, la notion de délai raisonnable ou de bref délai pouvait être appréciée d'une manière plus souple, en fonction des circonstances, ainsi qu'il ressort de la jurisprudence européenne.

Dans son arrêt sur le fond, la chambre criminelle a donc analysé la motivation de l'arrêt attaqué sur les délais en cause depuis la réception de l'arrêt de cassation par le

procureur général près la cour d'appel de renvoi jusqu'à la première audience de la chambre de l'instruction et a considéré que celle-ci avait justifié sa décision au regard de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme (Crim., 12 novembre 2014, pourvoi nº 14-86.016).

2. En matière d'écrou extraditionnel

Dans deux arrêts rendus le 8 juin 2016 à la suite d'une demande de mise en liberté d'un requérant faisant l'objet d'une procédure d'extradition, la chambre criminelle a été concomitamment saisie de la non-constitutionnalité et de la non-conventionnalité des dispositions légales applicables à la procédure, soit les articles 696-11 et 696-19 du code de procédure pénale (Crim., 8 juin 2016, QPC nº 16-81.912, *Bull. crim.* 2012, nº 177).

S'agissant de la question prioritaire de constitutionnalité, la chambre criminelle l'a renvoyée au Conseil constitutionnel au motif qu'elle présentait un caractère sérieux en ce que « les textes du code de procédure pénale relatifs à l'extradition demandée par un gouvernement étranger, qui n'organisent pas les droits de la défense au stade du placement initial sous écrou extraditionnel décidé par le premier président de la cour d'appel ou son délégué, ne confèrent au contrôle judiciaire et à l'assignation à résidence qu'un caractère subsidiaire par rapport à la détention, n'instituent qu'un recours contre la décision de placement sous contrôle judiciaire ou d'assignation à résidence et ne fixent aucune limite à la durée de l'incarcération, sont susceptibles de porter atteinte aux principes constitutionnels visés dans la question », à savoir les droits et libertés garantis par les articles 2, 4, 7 et 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et 66 de la Constitution.

Sur le fond, la chambre criminelle a, au visa de l'article 593 du code de procédure pénale, ensemble les articles 5, § 1, f, et 8, de la Convention européenne des droits de l'homme, cassé l'arrêt attaqué, en considérant « qu'en statuant ainsi, sans rechercher, ainsi qu'elle y était invitée par la personne réclamée dans ses conclusions, si les autorités françaises conduisaient la procédure d'extradition avec une diligence suffisante, de sorte que la durée de la privation de liberté n'excédait pas le délai raisonnable nécessaire pour atteindre le but visé par l'article 5, § 1, f, de la Convention précitée, et, en outre, sans répondre à l'articulation essentielle du mémoire de l'intéressé invoquant une atteinte disproportionnée à son droit au respect de sa vie familiale », la chambre de l'instruction n'avait pas justifié sa décision.

En conclusion, on soulignera que la question prioritaire de constitutionnalité, incident d'instance qui met en cause la conformité de la loi à la Constitution, a vocation à avoir un effet *erga omnes* alors que le contrôle de conventionnalité réalisé par la Cour de cassation, n'aura d'effet qu'à l'égard du requérant, ces deux contrôles étant donc complémentaires.

§ II. Le contrôle de conformité de la loi au regard du droit de l'Union européenne

Le contrôle de la loi sur le fondement du droit de l'Union européenne emprunte la voie du contrôle de conformité conduisant à mettre à l'écart la disposition qui lui est contraire (A). Ses résultats sont parfois moins radicaux et conduisent simplement

à relire la disposition de source nationale conformément aux orientations définies par le droit européen (B).

A. Le contrôle de conformité

Dès lors que plus aucun champ du droit n'échappe aujourd'hui à l'influence du droit européen, le contrôle de la conformité de la norme est une nécessité (1). Il conduit le juge, y compris de cassation, à vérifier si telle norme, telle incrimination ou telle sanction est compatible avec la norme européenne, telle qu'interprétée par la Cour de justice de l'Union européenne, quitte à poser à celle-ci une question préjudicielle, prévue par l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (2).

1. La nécessité du contrôle

Les pères fondateurs de l'Europe n'imaginaient sans doute pas que l'union douanière qu'ils créaient aurait un jour une influence réelle et profonde sur le droit pénal et la procédure pénale des États membres (J. Boré, « La difficile rencontre du droit pénal français et du droit communautaire », *in Mélanges en l'honneur d'André Vitu*, éd. Cujas, 1989, p. 25) dès lors que la Communauté européenne a été soumise au principe de la compétence d'attribution et qu'en conséquence « la législation pénale et le régime des sanctions relève de la compétence des États membres » (CJCE, arrêt du 11 novembre 1981, Casati, C-203/80). Il n'en demeure pas moins que le droit pénal des États membres a toujours subi l'impact du droit communautaire, devenu le droit de l'Union européenne, avant même, avec les traités de Maastricht et d'Amsterdam puis de Lisbonne, l'instauration du « troisième pilier », l'adoption de la Charte des droits fondamentaux et la création d'une compétence de l'Union pour poser, par voie de directives, des règles minimales relatives à certains aspects de la procédure pénale ainsi qu'à la définition et à la sanction de certaines infractions (R. Grass, Ch. Soulard, JCl. [pénal] fasc. 30).

Dans la mesure où, d'une part, la Communauté puis l'Union européenne ont instauré des libertés fondamentales et ont été la source de normes édictant des obligations ou interdictions dans les domaines de la compétence européenne, et où, d'autre part, ont été affirmés les principes de primauté et d'effet direct du droit de l'Union, « ordre juridique propre intégré à celui des États membres » (CJCE, arrêt du 15 juillet 1964, Costa, C-6/64 ; CJCE, arrêt du 9 mars 1978, Simmenthal, C-106/77 ; Crim., 22 octobre 1970, pourvoi n° 69-90.850, *Bull. crim.* n° 276), il apparaît rétrospectivement naturel que le droit pénal des États membres ne soit pas resté étranger au droit de l'Union. Dès lors qu'il ne saurait y avoir d'infraction pénale en l'absence de texte interne, il en est résulté la nécessité de contrôler la norme pénale interne et son application au regard de ce droit, que le droit pénal interne, antérieur ou postérieur, vienne ou non spécifiquement et exclusivement, sanctionner la violation par les particuliers d'une norme européenne, qu'il s'agisse des traités, de règlements, de décisions-cadres ou de directives notamment, étant rappelé que celles-ci n'ont pas d'effet direct avant, sous certaines conditions ou limites, l'expiration du délai de transposition.

Ce principe de primauté du droit de l'Union européenne écarte également du contrôle de constitutionnalité les dispositions législatives internes qui en sont issues

aussi bien que l'interprétation conforme donnée aux textes de droit interne au regard d'une directive de l'Union européenne.

C'est ainsi que, saisie d'une question prioritaire de constitutionnalité visant l'article L. 1153-1 du code du travail définissant le harcèlement sexuel, la chambre sociale a refusé sa transmission au Conseil constitutionnel en jugeant que « les dispositions de l'article L. 1153-1 du code du travail, telles qu'interprétées à la lumière de l'article 2, § 1 d, de la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière d'emploi et de travail, et appliquées par les juridictions judiciaires en matière civile, répondent aux objectifs de clarté et d'intelligibilité de la loi et ne méconnaissent aucun des principes constitutionnels invoqués » (Soc., 11 octobre 2012, QPC nº 12-40.059, *Bull.* 2012, V, nº 261). La directive du 5 juillet 2006 précitée étant relative au principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes et considérant le harcèlement sexuel, qu'elle définit précisément, comme un cas de discrimination en raison du sexe, l'article L. 1153-1 du code du travail met en œuvre en droit français cette disposition inconditionnelle et précise de la directive. Il convient de rappeler que la disposition législative similaire qui figurait à l'article 222-33 du code pénal avait été déclarée inconstitutionnelle par le Conseil constitutionnel pour son manque de précision (Cons. const., 4 mai 2012, décision nº 2012-240 QPC, M. Gérard D. [Définition du délit de harcèlement sexuel]). Le recours au principe d'interprétation conforme a conduit la chambre sociale de la Cour de cassation à conclure à la constitutionnalité de l'article L. 1153-1 du code du travail, tel qu'interprété, dont l'éventuelle abrogation par la juridiction constitutionnelle aurait placé la France en situation délicate vis-à-vis du respect de ses obligations européennes.

En tout état de cause, l'on aurait pu considérer que la disposition législative critiquée se borne à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises d'une directive de l'Union européenne, ce qui conduit selon une jurisprudence établie du Conseil constitutionnel à un non-lieu à transmission (Cons. const., 17 décembre 2010, décision nº 2010-79 QPC, M. Kamel D. [Transposition d'une directive]).

2. Les manifestations du contrôle

Le contrôle de conformité sera illustré par la neutralisation des incriminations et des sanctions (a), le contentieux de la rétention des étrangers (b) et l'affiliation obligatoire aux régimes légaux de sécurité sociale (c).

a. La neutralisation des incriminations et des sanctions

Nombreux sont les arrêts publiés portant sur la question de la compatibilité avec le droit de l'Union.

À titre d'exemple, l'article 39 du Traité instituant la Communauté européenne pose le principe de la libre circulation des travailleurs. Or l'article 3 du code du travail maritime prescrivait que, à bord des navires battant pavillon français, le capitaine et l'officier chargé de sa suppléance devaient être français. La chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé que l'obligation ainsi posée ne pouvait entrer dans le cadre de la dérogation au principe de la libre circulation des travailleurs prévue, quant aux emplois dans l'administration publique, par le paragraphe 4 de l'article 39. Le texte du code

disciplinaire et pénal de la marine marchande, sur la base duquel l'article 3 du code du travail maritime était pénalement réprimé, ne pouvait donc recevoir application dans les poursuites en cause (Crim., 23 juin 2004, pourvoi nº 03-85.661, *Bull. crim*. 2004, nº 169).

De même, l'article L. 8221-5 du code du travail répute travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié le fait pour tout employeur de mentionner sur le bulletin de paie ou le document équivalent un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement accompli. Mais, dès lors que le droit de l'Union est applicable, l'infraction ne peut être constituée si les heures de travail omises ne sont pas qualifiées de temps de travail effectif par ce droit, en l'espèce une directive, non transposée, déclarée directement applicable en droit interne (Crim., 5 juin 2012, pourvoi nº 11-83.319, *Bull. crim*. 2012, nº 143).

Une incompatibilité peut avoir pour effet de modifier un élément constitutif de l'infraction, tant l'élément matériel (Crim. 19 décembre 1996, pourvoi nº 95-83.786, *Bull. crim.* 1996, nº 480) que l'élément intentionnel (Crim., 5 décembre 1983, pourvoi nº 82-92.275, *Bull. crim.* 1983, nº 325), de faire disparaître l'infraction dans l'espèce considérée où la situation est régie par le droit de l'Union, le domaine d'application du texte pénal interne étant ainsi réduit, voire de neutraliser le texte pénal lui-même lorsque la norme européenne est d'application générale. Mais, à l'inverse, le contrôle de la Cour de cassation au regard du droit européen peut avoir pour effet d'élargir le champ d'application d'un texte pénal ou faire rentrer dans les prévisions de ce texte des situations ayant une norme européenne pour origine (Crim., 17 février 2016, pourvoi nº 15-85.363, *Bull. crim*. 2016, nº 53, à propos de l'article 432-14 du code pénal réprimant les atteintes à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics).

Il y a lieu d'ajouter que le contrôle qui doit être effectué au regard du droit de l'Union ne porte pas seulement sur l'application du texte d'incrimination au cas d'espèce, mais encore sur les sanctions prévues. En effet, si, en principe, le régime des sanctions relève de la compétence des États membres, des sanctions ne peuvent être telles qu'elles porteraient atteinte à une liberté consacrée par le traité (Crim., 5 décembre 1983, pourvoi nº 82-92.275, *Bull. crim*. 1983, nº 325). En outre, les sanctions appliquées ne doivent pas être discriminatoires (Crim., 13 octobre 1999, pourvoi nº 98-87.473).

b. Le « relevé d'office » de l'inconventionnalité de la rétention des « dublinés »

À l'occasion du contentieux de la rétention des étrangers, à la fois récent, fluctuant et très influencé par le droit de l'Union, la Cour de cassation a souvent procédé à des contrôles de conformité de la loi aux traités, règlements et directives communautaires.

Par trois arrêts des 7 février et 28 mars 2018, la première chambre civile de la Cour de cassation a relevé d'office un moyen de pur droit pris de l'irrégularité d'un placement en rétention non conforme au droit de l'Union en raison de l'inapplicabilité de l'article 28 du règlement « Dublin III » (1re Civ., 7 février 2018, pourvoi nº 17-12.769 ; 1re Civ., 28 mars 2018, pourvoi nº 17-16.748 ; 1re Civ., 28 mars 2018, pourvoi nº 17-16.749).

La Cour de cassation avait d'abord retenu qu'en l'état du droit national et en application du droit de l'Union (CJUE, arrêt du 15 mars 2017, Al Chodor e. a., C-528/15), l'absence de disposition contraignante de portée générale, fixant les critères objectifs sur lesquels sont fondées les raisons de craindre la fuite du demandeur d'une protection internationale qui fait l'objet d'une procédure de transfert, l'article 28, paragraphe 2,

du règlement dit « Dublin III » était inapplicable (1re Civ., 27 septembre 2017, pourvoi nº 17-15.160, publié au *Bulletin*).

Mais le moyen pris de l'irrégularité de la rétention du demandeur de protection international devait-il être relevé d'office ? La Cour de cassation s'est interrogée tant sur l'hypothèse à l'occasion de laquelle un juge pourrait ainsi agir d'office que sur l'obligation de relever d'office un tel moyen.

α. Les particularités de l'office du juge des libertés et de la détention

Le juge des libertés et de la détention (JLD) peut être saisi soit par l'administration, lorsqu'elle sollicite une prolongation de la rétention, sur le fondement de l'article L. 552-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, soit par l'étranger, sur le fondement de l'article L. 512-1, III, du même code. L'étranger peut contester le bien-fondé de la prolongation et, depuis la loi nº 2016-274 du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France, la décision administrative de placement en rétention.

Dans ce dernier cas, l'article R. 552-10-1 prévoit les conditions dans lesquelles l'étranger peut contester, par requête motivée, la décision administrative.

Une première interprétation de ce texte, littérale, conduirait à exclure que la contestation portant sur la légalité du placement en rétention puisse intervenir comme un moyen de défense à l'occasion de l'audience portant sur la seule demande de prolongation de la mesure par le préfet. En d'autres termes, l'étranger qui ne saisit pas le juge ne peut invoquer aucun moyen contre la décision de placement en rétention (*a fortiori*, le juge ne pourrait pas en relever d'office, dès lors qu'il n'est pas saisi sur ce terrain).

Cependant, une autre approche pourrait résulter des décisions du Conseil constitutionnel (Cons. const., 20 novembre 2003, décision nº 2003-484 DC, Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité ; Cons. const., 9 juin 2011, décision nº 2011-631 DC, Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité) et du Tribunal des conflits (Tribunal des conflits, 9 février 2015, *Bull.* 2015, T. conflits, nº 1) selon lesquelles seul le juge judiciaire est compétent pour mettre fin, à tout moment, à la rétention lorsqu'elle ne se justifie plus pour quelque motif que ce soit. Mais ces décisions sont intervenues dans un contexte très différent, notamment la dernière par laquelle le Tribunal des conflits, saisi d'un conflit négatif, avait pris en considération le séquençage des interventions respectives du juge administratif (les cinq premiers jours de la rétention) puis du juge judiciaire (au-delà de cinq jours).

À supposer que cette dernière approche permette au juge de répondre sur le terrain de la conformité du placement en rétention au droit de l'Union, alors il conviendrait de raisonner de la même manière dans les deux hypothèses de saisine du JLD. Dans le cas contraire, seule la saisine par requête de l'étranger permettrait au JLD d'envisager de relever d'office un moyen pris de l'inapplicabilité de l'article 28 du règlement « Dublin III ».

Il convient en l'espèce de garder en mémoire que, dans tous les cas, la décision de placement en rétention ne peut être contestée que dans un délai de 48 heures.

β. Les juges peuvent-ils ou doivent-ils relever d'office l'irrégularité de la rétention d'un demandeur de protection internationale lors d'une procédure de transfert ?

La question repose, d'abord, sur la qualification du moyen qui serait relevé d'office.

Si les moyens sont de pur droit et d'ordre public, il est généralement admis que le juge du fond a l'obligation de les relever, au-delà même des cas spécifiquement prévus par la loi (articles 120, alinéa 1, et 125, alinéa 1, du code de procédure civile) et sauf disposition légale contraire.

Le concept de « moyen de pur droit », qui figurait dans l'alinéa 3, abrogé, de l'article 12 du nouveau code de procédure civile, n'est cependant plus approprié aujourd'hui, les dispositions actuellement en vigueur ne mentionnant que les « moyens de droit » sans autre qualification, à l'exception des articles 619 et 620 du même code qui sont spécifiques au pourvoi en cassation.

Si les moyens sont de droit mais non d'ordre public, la question demeure controversée. La Cour de cassation a jugé, à plusieurs reprises, que l'article 12 du code de procédure civile n'impose pas au juge de rechercher d'office les dispositions légales de nature à justifier une demande dont il est saisi sur le fondement d'un texte déterminé (voir 3e Civ., 3 avril 1997, pourvoi no 95-15.637, *Bull.* 1997, III, no 75 ; Com., 28 avril 2009, pourvoi no 08-11.616, *Bull.* 2009, IV, no 56, et surtout Ass. plén., 21 décembre 2007, pourvoi no 06-11.343, Ass. plén., no 10 ; *Rapport annuel* 2007, p. 445 ; le rapport du président Loriferne, sur ce dernier pourvoi, donnant un aperçu très complet de la doctrine sur l'office du juge).

Dans tous les cas, un moyen ne peut être relevé d'office que sous une double réserve, résultant du principe dispositif : d'une part, le juge ne peut pas sortir des limites du litige tel qu'il est circonscrit par les prétentions respectives des parties – le juge ne saurait accorder ce qui n'est pas demandé –, d'autre part, le juge ne peut se fonder que sur des faits qui sont dans le débat (y compris les faits dits adventices, c'est-à-dire ceux que le demandeur n'a pas spécialement invoqués au soutien de sa demande) – le juge ne saurait se fonder sur des faits extérieurs au dossier. Ces limites sont d'ailleurs jugées conformes au principe d'effectivité par la Cour de justice (voir CJCE, arrêt du 14 décembre 1995, Van Schijndel/Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten, C-430/93, et CJCE, Gde chambre, arrêt du 25 novembre 2008, Heemskerk et Schaap, C-455/06).

S'agissant du droit de l'Union, ici en cause, la Cour de justice juge de façon constante qu'« en l'absence de réglementation par le droit de l'Union, les modalités procédurales des recours en justice destinées à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union relèvent de l'ordre juridique interne des États membres » (par exemple, CJUE, arrêt du 21 février 2013, Banif Plus Bank, C-472/11, cons. 26). Il s'agit là du principe d'autonomie procédurale. La Cour de justice ajoute que les modalités procédurales nationales « ne doivent pas être moins favorables que celles régissant des situations similaires de nature interne (principe d'équivalence) ni être aménagées de manière à rendre en pratique impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union (principe d'effectivité) » (même arrêt).

Néanmoins, à propos de l'obligation ou la faculté de relever d'office un moyen pris de l'application du droit de l'Union, l'*Étude* de la Cour de cassation sur l'ordre public relevait que, « dans son arrêt de principe Van Schijndel/Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten (point 14), la Cour de justice a jugé, en se fondant sur le principe de

coopération, que lorsque le droit national confère au juge la faculté d'appliquer d'office la règle de droit contraignante, cette faculté se transforme en obligation pour lui d'appliquer d'office la règle de droit de l'Union contraignante. Cela a été réaffirmé récemment par la Cour de justice dans ses arrêts du 12 février 2008 (Kempter, C-2/06, point 45) et du 6 octobre 2009 (Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, point 54). On peut d'ailleurs se demander si la mention « sauf règles particulières », dans l'arrêt de l'Assemblée plénière du 21 décembre 2007, ne vise pas notamment les exigences découlant de la sauvegarde des droits tirés du droit de l'Union. Quoi qu'il en soit, le principe de coopération, qui s'impose à tous les organes des États membres, y compris leurs juridictions, constitue bien une telle règle particulière » (*Rapport* 2013, p. 257).

De matière classique, il résulte donc de l'effet combiné des règles procédurales françaises et de la jurisprudence de la Cour de justice que le juge judiciaire a, en principe, l'obligation de soulever d'office un moyen tiré du droit de l'Union, que la norme invoquée soit ou non d'ordre public, sous réserve, évidemment, du respect du principe dispositif.

C'est en suivant cette analyse que la première chambre civile a relevé d'office l'irrégularité de la rétention administrative d'un demandeur de protection internationale faisant l'objet d'une procédure de transfert, le moyen pris de l'inapplicabilité de l'article 28 du règlement « Dublin III », relevé d'office dans les conditions de l'article 1015 du code de procédure civile, se substituant, en l'espèce, aux motifs retenus par les juges du fond (1re Civ., 7 février 2018, pourvoi nº 17-12.769 ; 1re Civ., 28 mars 2018, pourvoi nº 17-16.748 ; 1re Civ., 28 mars 2018, pourvoi nº 17-16.749).

c. L'affiliation obligatoire aux régimes légaux de sécurité sociale et les règles de l'Union relatives à la libre concurrence

Tant en vertu du Traité sur l'Union européenne et du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne qu'en application des articles 55 et 88-1 de la Constitution du 4 octobre 1958, le respect du droit de l'Union européenne s'impose au juge national qui a l'obligation d'en assurer le plein effet, en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire.

En illustration, s'agissant du monopole de la sécurité sociale, la Cour de cassation écarte, après l'avoir analysé, le droit de l'Union tel qu'interprété par la Cour de justice de Luxembourg, comme ne trouvant pas à s'appliquer *rationae materiae*.

La question de l'affiliation obligatoire aux régimes légaux de sécurité sociale étant en effet périodiquement mise en cause par l'invocation des règles de l'Union relatives à la libre concurrence, la Cour de cassation a eu l'occasion, à de multiples reprises, de reprendre les principes dégagés en cette matière par la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) devenue en 2009 la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), dont il résulte que les régimes de sécurité sociale qui sont fondés sur le principe de solidarité ne revêtent pas le caractère d'une entreprise, au sens des articles 85, 86 et 87 du Traité instituant la Communauté économique européenne devenus respectivement les articles 105, 106 et 107 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, de sorte que les organismes qui pourvoient à la gestion de tels régimes ne sont pas compris dans le champ d'application de ces textes (CJCE, arrêt du 17 février 1993, aff. C-159/91, Poucet et Pistre ; CJCE, arrêt du 16 mars 2004,

AOK-Bundesverband e. a., C-264/01, et CJCE, arrêt du 27 octobre 2005, Casino France e. a., C-266/04), ni de la directive 92/49/CEE du Conseil du 18 juin 1992 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie et modifiant les directives 73/239/CEE et 88/357/CEE (CJCE, 26 mars 1996, Garcia e. a., C-238/94).

Ainsi, dans un arrêt du 22 juin 2000, la chambre sociale a-t-elle approuvé une cour d'appel d'avoir énoncé, s'agissant de la caisse autonome de retraite des médecins français, que celle-ci gérait un régime légal obligatoire de sécurité sociale fonctionnant sur la répartition et non sur la capitalisation et fondé, tant en ce qui concerne le régime de base que les régimes complémentaires, sur un principe de solidarité, de sorte que cet organisme ne constituait pas une entreprise au sens du Traité instituant la Communauté économique européenne et que les régimes qu'elle gérait n'entraient pas dans le champ d'application des directives concernant la concurrence en matière d'assurance (Soc., 22 juin 2000, pourvoi n° 98-22.495, *Bull.* 2000, V, n° 241). Plus récemment, les première et deuxième chambres civiles de la Cour de cassation ont approuvé une cour d'appel qui, ayant relevé que le régime social des indépendants (RSI) concourait à la gestion du service public de la sécurité sociale fondé sur le principe de la solidarité nationale et dépourvu de tout but lucratif et que la contrainte objet du litige concernait les cotisations du régime légal et obligatoire de sécurité sociale, en déduit que, dans l'exercice de cette seule fonction à caractère social, le RSI n'était pas une entreprise au sens des articles 81 et 82 CE et que cette activité ne pouvait être considérée comme économique au sens du droit communautaire, ni violer les règles du droit des abus de position dominante (1re Civ., 4 mai 2011, pourvoi n° 10-11.951, *Bull.* 2011, I, n°78 ; dans le même sens, 2e Civ., 7 avril 2011, pourvoi n° 10-15.656 et 2e Civ.,19 janvier 2017, pourvoi n° 15-18.635).

Sur le terrain de l'interdiction des discriminations, notamment, la Cour de cassation a été conduite à contrôler la conformité au droit de l'Union, et plus spécifiquement au principe d'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins, des conditions d'accès à un régime spécial de retraite (Caisse nationale de retraite des agents des collectivités locales, organisme chargé de la gestion du régime de base des fonctionnaires territoriaux). Ainsi a-t-elle retenu qu'au regard de l'article 157 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, tel qu'interprété par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE, arrêt du 17 juillet 2014, Léone, C-173/13) et mis en œuvre en matière de sécurité sociale par la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006, l'exigence d'une durée minimale hebdomadaire de travail dans un emploi à temps non complet en ce qu'il est affecté aux activités scolaires et périscolaires des écoles communales alors que celles-ci recourent à une proportion élevée d'emplois à temps réduit plus fréquemment occupés par des femmes, constitue une discrimination indirecte au détriment de ces dernières (2e Civ., 9 novembre 2017, pourvoi n° 16-20.404, publié au *Bulletin* ; dans le même sens, s'agissant d'un refus d'affiliation au régime complémentaire de retraite AGIRC [Association générale des institutions de retraite des cadres] de salariés de la Mutualité sociale agricole employés en qualité d'assistant de service social, de délégué à la tutelle ou de conseiller en économie sociale et familiale : Soc., 3 juillet 2012, pourvoi n° 10-21.489, *Bull.* 2012, V, n° 168).

Le droit européen est également appliqué par la Cour de cassation d'office ou par le biais de motifs substitués.

À titre d'illustration, s'agissant des règles de coordination entre les systèmes nationaux de sécurité sociale, c'est à la faveur de motifs de pur droit substitués à ceux critiqués par le pourvoi que la Cour de cassation a récemment été conduite à faire application de l'article 11 du règlement (CE) 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 sur la coordination des systèmes de sécurité sociale qui édicte les principes d'unicité d'affiliation et de rattachement du travailleur à la législation de l'État membre dans lequel il exerce son activité et de son annexe XI, auxquels renvoie l'annexe II à l'accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne et ses États membres sur la libre circulation des personnes, pour retenir qu'une personne résidant en France qui est affiliée à l'assurance maladie obligatoire en Suisse au titre de l'activité qu'elle exerce dans cet État, ne peut être affiliée au régime français de sécurité sociale ou, en tout cas, doit en être radiée dès qu'elle le demande, peu important l'antériorité de son affiliation au régime français (2e Civ., 15 mars 2018, pourvoi nº 17-21.991, publié au *Bulletin*).

B. L'interprétation du droit interne à la lumière du droit européen

La contrariété du droit national au droit de l'Union n'atteint pas toujours un degré tel qu'il ne puisse plus s'appliquer à l'avenir. Il suffira alors qu'il soit interprété à la lumière du droit européen. Ce mécanisme de l'interprétation conforme est utilisé en toute matière et notamment en matière pénale (1), en matière sociale (2), dans le cas des experts judiciaires (3), en droit de la consommation (4) et en matière de droit d'auteur (5).

1. En matière pénale

La Cour de cassation a précisé que le juge doit opérer, au besoin d'office, le contrôle de compatibilité du texte pénal interne et elle y a elle-même procédé en relevant d'office le moyen adéquat (Crim., 12 juin 1995, pourvoi nº 94-81.241, *Bull. crim.* 1995, nº 213). Toutefois, son pouvoir disparaît lorsqu'un tel moyen est mélangé de fait et de droit. Or l'application du droit européen peut requérir d'examiner des questions nécessitant une appréciation des faits et de leurs incidences (Crim., 15 février 1988, pourvoi nº 86-90.682, *Bull. crim.* 1988 nº 72 ; Crim., 10 juillet 1990, pourvoi nº 89-86.619, *Bull. crim.* 1990 nº 279). Mais dès lors que la Cour de cassation peut et doit opérer le contrôle de conformité au droit de l'Union, la responsabilité de l'État serait susceptible d'être engagée si elle méconnaissait de façon manifeste le droit de l'Union ou une jurisprudence bien établie de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE, arrêt du 28 juillet 2016, Tomášová, C-168/15 ; Ass. plén., 18 novembre 2016, pourvoi nº 15-21.438, *Bull.* 2016, Ass. plén., nº 2 ; *Rapport* 2016, p. 113 ; *JCP* 2016, éd. G., p. 1288, note F. Picod ; *Dr. pénal* 2017, comm. 8, note J.-H. Robert).

Le contrôle peut mettre en jeu les règles de l'application de la loi pénale dans le temps, et spécialement celle de l'application immédiate de la loi pénale plus douce, l'article 49 de la Charte des droits fondamentaux ayant érigé la règle de la rétroactivité *in mitius*, dont la compréhension a un impact direct sur l'ampleur de la neutralisation des incriminations, en principe général du droit de l'Union. Ainsi, la chambre criminelle énonçait notamment, au visa de l'article 112-1 du code pénal, en considérant que la norme européenne d'effet direct n'a pas une valeur réglementaire mais une valeur supérieure à la loi (Crim., 12 décembre 1996, nº 95-81.318, *Bull. crim.* 1996, nº 466), que la levée de la totalité des restrictions à l'accès au marché du travail pour

les ressortissants d'un État devenu membre de l'Union européenne, faisait perdre son caractère punissable à l'infraction d'emploi d'un étranger non muni d'une autorisation de travail (Crim., 3 novembre 2015, pourvoi nº 14-84.459). Mais, à la suite d'un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE, arrêt du 6 octobre 2016, Paoletti e. a., C-218/15), la chambre criminelle a opéré un revirement pour juger que, d'une part, il ne résulte d'aucun texte ou principe général du droit de l'Union européenne, ni d'une jurisprudence bien établie de la Cour de justice de l'Union européenne, que le principe de l'application rétroactive de la peine plus légère fait obstacle à ce que soient poursuivis et sanctionnés les délits d'emplois d'étrangers non munis d'une autorisation de travail, d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'étrangers en France et de travail dissimulé commis à l'égard de ressortissants roumains et dont tous les éléments constitutifs ont été réunis antérieurement au 1er janvier 2014, date de la levée de la totalité des restrictions à l'accès au marché du travail pour les ressortissants de la Roumanie, laquelle constitue une situation de fait, étrangère auxdits éléments constitutifs de ces infractions ; que, d'autre part, toute autre interprétation de ces principes et de ces dispositions, dès lors qu'elle aurait pour conséquence d'encourager le trafic de main-d'œuvre en fraude aux droits des ressortissants d'un État ayant engagé le processus d'adhésion à l'Union serait contraire aux objectifs recherchés par le droit de l'Union, tel qu'interprété désormais par la Cour de justice dans son arrêt du 6 octobre 2016 précité (Crim., 7 juin 2017, pourvoi nº 15-87.214, *Bull. crim.* 2017, nº 158 ; voir également, Ass. plén., 18 novembre 2016, pourvoi nº 15-21.438, préc. énonçant « qu'il ne résulte d'aucun texte ou principe général du droit de l'Union européenne, ni d'une jurisprudence bien établie de la Cour de justice de l'Union européenne que le principe de l'application rétroactive de la peine plus légère fait obstacle à ce que soient poursuivies et sanctionnées les fausses déclarations en douane ayant pour but ou pour effet d'obtenir un avantage quelconque attaché à des importations intracommunautaires commises antérieurement à la mise en place du marché unique »). La chambre criminelle a en outre posé une question préjudicielle à la Cour de justice portant sur l'article 49 de la Charte (Crim., 23 novembre 2016, pourvoi nº 15-82.333, *Bull. crim.* 2016, nº 308).

D'une façon générale, le contrôle repose sur l'obligation faite aux juridictions nationales d'interpréter les textes nationaux dans un sens conforme au droit de l'Union, même dépourvu d'effet direct, cette obligation ayant pour but « d'assurer, dans le cadre de leurs compétences, la pleine efficacité du droit de l'Union lorsqu'elles tranchent les litiges dont elles sont saisies » (voir par exemple : CJUE, arrêt du 24 janvier 2012, Maribel Dominguez, C-282/10). Aussi, lorsqu'un texte de droit national peut être interprété dans un sens conforme au droit de l'Union, il y a lieu de retenir cette interprétation.

La question de l'interprétation porte naturellement sur les textes de droit interne issus de la transposition de décisions-cadres ou de directives, notamment celles prises, depuis l'instauration du « troisième pilier », dans le cadre de la politique européenne de coopération judiciaire.

Deux arrêts récents rendus en matière de confusion de peines en sont une illustration (Crim., 19 novembre 2014, pourvoi nº 13-80.161, *Bull. crim.* 2014, nº 247, et Crim., 2 novembre 2017, pourvoi nº 17-80.833, publié au *Bulletin* ; *Rapport* 2017, p. 271). Dans ce dernier arrêt, la question posée était de savoir si l'article 132-23-1 du code pénal, de transposition en droit interne de la décision-cadre 2008/675/JAI du Conseil du 24 juillet 2008 relative à la prise en compte des décisions de condamnation

entre les États membres de l'Union européenne à l'occasion d'une nouvelle procédure pénale, pouvait s'appliquer à la confusion de peines. Le législateur n'avait pas expressément envisagé la confusion de peines lors de la discussion de l'article 132-23-1, aux termes duquel « pour l'application du présent code et du code de procédure pénale, les condamnations prononcées par les juridictions pénales d'un État membre de l'Union européenne sont prises en compte dans les mêmes conditions que les condamnations prononcées par les juridictions pénales françaises et produisent les mêmes effets juridiques que ces condamnations ». Mais, rédigé en termes très larges, ce texte n'excluait pas son éventuelle application à cette mesure d'exécution des peines. La chambre criminelle, interprétant ce texte à la lumière de l'article 3 de la décision-cadre 2008/675/JAI du 24 juillet 2008 précitée et de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 21 septembre 2017 (CJUE, arrêts du 21 septembre 2017, Beshkov, C-171/16), a jugé qu'il permettait d'ordonner la confusion d'une peine prononcée par une juridiction française et d'une peine prononcée par une juridiction d'un État membre de l'Union européenne dès lors que la seconde a été intégralement exécutée au jour où il est statué sur la requête en confusion.

De même la chambre criminelle peut-elle être conduite à dire si les textes de transposition des directives ont procédé à une transposition correcte et complète ou au contraire défaillante. C'est ainsi par exemple que la Cour de cassation s'est prononcée sur le point de savoir, d'une part, si les dispositions de l'article 63-1 du code de procédure pénale telles que résultant de la loi n° 2014-535 du 27 mai 2014 portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2012, relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, qui prévoient la notification au début de la garde à vue des qualification, date et lieu présumés de l'infraction que l'intéressé est soupçonné avoir commise ou tenté de commettre, ont correctement transposé ladite directive, d'autre part, si les dispositions de l'article 63-4-1 du code de procédure pénale résultant de la même loi du 27 mai 2014, qui prévoient qu'au cours de la garde à vue, l'avocat ne pouvait avoir accès qu'à certaines pièces de la procédure, ont correctement transposé la même directive. En l'occurrence, la chambre criminelle a dit que les dispositions légales contestées constituaient une transposition complète des articles 6 et 7 de la directive (Crim., 4 octobre 2016, pourvoi n° 16-82.309, *Bull. crim.* 2016, n° 255 ; *Gaz. Pal.* 2016, p. 29, note R. Mésa).

Le principe d'interprétation conforme n'est cependant pas sans limites. La lettre du texte interne doit s'y prêter, tout en gardant à l'esprit qu'une directive ne peut en elle-même être invoquée à l'encontre d'un prévenu. On en trouvera un exemple dans un arrêt portant sur la responsabilité pénale des personnes morales, selon lequel la troisième directive 78/855/CEE du Conseil du 9 octobre 1978 concernant les fusions des sociétés anonymes, codifiée par la directive 2011/35/UE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011, telle qu'interprétée en son article 19, paragraphe 1, par la Cour de justice de l'Union européenne, est dépourvue d'effet direct à l'encontre des particuliers et l'article 121-1 du code pénal ne peut s'interpréter que comme interdisant que des poursuites pénales soient engagées à l'encontre de la société absorbante pour des faits commis par la société absorbée avant que cette dernière perde son existence juridique par l'effet d'une fusion-absorption (Crim., 25 octobre 2016, pourvoi n° 16-80.366, *Bull. crim.* 2016, n° 275).

2. En matière sociale

En matière sociale, la question de la durée du travail (a) et celle du transfert d'entreprise (b) ont chacune donné lieu à une interprétation du droit national à la lumière du droit de l'Union.

a. En matière de durée du travail

Le législateur a créé, par la loi nº 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail, un dispositif novateur et original, celui des forfaits en jours, qui permet, pour certaines catégories de salariés, un décompte du temps de travail non plus en heure mais en jours.

Il permet à un accord d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, à une convention ou à un accord de branche, de prévoir, pour certaines catégories de salariés qu'il détermine en respectant le cadre imposé par la loi, et avec leur accord écrit, le nombre de jours travaillés dans l'année, qui ne peut excéder 218 jours.

Il est expressément prévu que les salariés ayant conclu une convention de forfait en jours ne sont pas soumis aux durées du travail légales hebdomadaires et aux durées du travail maximales quotidiennes et hebdomadaires, seuls les repos quotidiens et hebdomadaires ainsi que les jours fériés chômés dans l'entreprise leur étant applicables.

Ce dispositif a cependant, dès l'origine, été soumis à de vives critiques relatives aux garanties offertes aux salariés soumis à un forfait en jours quant à la protection de leur santé et de leur sécurité et quant à la conciliation entre leur vie professionnelle et leur vie familiale : puisque le décompte du temps de travail ne se fait plus en heures mais en jours, et puisque les règles relatives aux durées maximales journalières et quotidiennes et à la durée légale sont écartées, comment s'assurer de l'existence de limites au travail ?

Le droit du travailleur à la santé et au repos est en effet une exigence non seulement constitutionnelle mais aussi du droit de l'Union.

La directive 1993/104/CE du Conseil du 23 novembre 1993 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail et la directive 2003-88 CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 qui lui a succédé prévoient une dérogation au plafond de 48 heures de travail hebdomadaire qu'elles fixent « au regard des caractéristiques particulières de l'activité exercée qui n'est pas mesurée et prédéterminée notamment lorsqu'il s'agit de cadres dirigeants ou d'autres personnes ayant un pouvoir de décision autonome », mais celle-ci n'est autorisée, selon la Cour de justice de l'Union européenne, que « dans le respect des principes généraux de la sécurité et de la santé des travailleurs » (CJCE arrêt du 5 octobre 2004, C-397/01 à 403/01).

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, aujourd'hui intégrée au Traité constitutionnel, dispose également que « tout travailleur a droit à une limitation de la durée maximale de travail et à des périodes de repos journalier et hebdomadaire, ainsi qu'à une période annuelle de congés ».

Le Comité européen des droits sociaux (CEDS) a, dès 2001, dit que le système des forfait en jours n'était pas conforme aux articles 2 et 4 de la Charte sociale européenne, stigmatisant notamment, en se fondant pour cela sur un calcul ne prenant en compte que les repos quotidiens et hebdomadaires et aboutissant à une durée hebdomadaire

de travail pouvant atteindre 78 heures, une durée hebdomadaire de travail excessive et l'insuffisance des garanties légales et conventionnelles offertes aux salariés pour leur assurer une durée de travail raisonnable (CEDS, 16 novembre 2001, réclamation nº 9/2000 ; CEDS, 7 décembre 2004, réclamation nº 22/2003 ; CEDS, 23 juin 2010, réclamation nº 56/2009).

La chambre sociale de la Cour de cassation, a, au visa notamment de l'article 151 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne se référant à la Charte sociale européenne et à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, des dispositions du code du travail relatives aux forfaits en jours interprétées à la lumière de l'article 17, paragraphes 1 et 4, de la directive 1993/104/CE précitée, des articles 17, paragraphe 1, et 19 de la directive 2003/88/CE précitée et de l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, jugé que toute convention de forfait en jours doit être prévue par un accord collectif dont les stipulations assurent la garantie du respect des durées maximales raisonnables de travail ainsi que des repos, tant journaliers qu'hebdomadaires.

Elle a, en conséquence, et au besoin par un moyen soulevé d'office, dit nulle une convention individuelle de forfait en jours conclue en application d'un accord collectif ne répondant pas à ces conditions (Soc., 29 juin 2011, pourvoi nº 09-71.107, *Bull.* 2011, V, nº 181 ; Soc., 31 janvier 2012, pourvoi nº 10-19.807, *Bull.* 2012, V, nº 43 ; Soc., 26 septembre 2012, pourvoi nº 11-14.540, *Bull.* 2012, V, nº 250 ; Soc., 24 avril 2013, pourvoi nº 11-28.398, *Bull.* 2013, V, nº 117 ; Soc., 14 mai 2014, pourvoi nº 12-35.033, *Bull.* 2014, V, nº 121 ; Soc., 11 juin 2014, pourvoi nº 11-20.985, *Bull.* 2014, V, nº 137 ; Soc., 13 novembre 2014, pourvoi nº 13-14.206, *Bull.* 2014, V, nº 262 ; Soc., 4 février 2015, pourvoi nº 13-20.891, *Bull.* 2015, V, nº 23 ; Soc., 7 juillet 2015, pourvoi nº 13-26.444, *Bull.* 2015, V, nº 140).

Elle a enfin précisé qu'un accord collectif organisant le recours aux forfaits en jours garantissait la protection de la santé et de la sécurité du travailleur dès lors qu'il comportait des dispositions prévoyant un suivi effectif et régulier, par la hiérarchie de l'intéressé, de son amplitude et de sa charge de travail de façon à ce qu'elles restent raisonnables (Soc., 5 octobre 2017, pourvoi nº 16-23 110, publié au *Bulletin* ; Soc., 8 novembre 2017, nº 15-22.758, publié au *Bulletin*).

Les garanties posées par la chambre sociale de la Cour de cassation dans sa décision du 29 juin 2011, pourvoi nº 09-71.107, et dans ses arrêts ultérieurs précités ont été validées par le Comité européen des droits sociaux qui, dans ses conclusions de 2014, considère que « la nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation donne des assurances quant au respect de la durée du travail raisonnable des salariés relevant du forfait en jours » (CEDS, Conclusions 2014, article 2, paragraphe 1).

Cette interprétation par la chambre sociale des dispositions du code du travail à la lumière du droit de l'Union a enfin trouvé un écho direct en droit interne puisque l'article L. 3121-60 du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi nº 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, dispose désormais que l'employeur « s'assure régulièrement que la charge de travail du salarié en forfait en jours est raisonnable et permet une bonne répartition dans le temps de son travail ».

b. En matière de transfert

Selon l'article 1er, § 1 b) de la directive 2001/23 CE du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements, le transfert d'entreprise est défini comme « celui d'une entité économique maintenant son identité, entendue comme un ensemble organisé de moyens, en vue de la poursuite d'une activité économique, que celle-ci soit essentielle ou accessoire ».

La Cour de justice de l'Union européenne a régulièrement rappelé que « le critère décisif pour établir l'existence d'un transfert au sens de cette directive est de savoir si l'entité en question garde son identité » (CJUE, arrêt du 18 mars 1986, Spijkers/Benedik, C-24/85). Elle précise également que la notion d'entité « renvoie à un ensemble organisé de personnes et d'éléments permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre » (CJUE, arrêt du 11 mars 1997, Süzen/Zehnacker Gebäudereinigung Krankenhausservice, C-13/95).

Aussi, selon une jurisprudence constante de la Cour de cassation, l'article L. 1224-1 du code du travail, interprété à la lumière de la directive n° 2001/23/CE précitée, s'applique en cas de transfert d'une entité économique autonome qui conserve son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise; que constitue une entité économique autonome un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels poursuivant un objectif économique propre; que le transfert d'une telle entité se réalise si des moyens corporels ou incorporels significatifs et nécessaires à l'exploitation de l'entité sont repris, directement ou indirectement, par un nouvel exploitant (Soc., 28 mai 2003, pourvoi n° 01-41.263, *Bull.* 2003, V, n° 177 ; Soc., 9 novembre 2005, pourvoi n° 03-47.188, *Bull.* 2005, V, n° 313 ; Soc., 28 mars 2006, pourvoi n° 03-43.995, *Bull.* 2006, V, n° 124; Soc., 10 mars 2010, pourvoi n° 08-44.636).

L'un des critères décisifs pour l'application de l'article L. 1224-1 du code du travail est que l'entité économique autonome doit conserver son identité à la suite du transfert dont elle est l'objet et que l'activité exercée soit poursuivie ou reprise sous une autre direction. C'est la raison pour laquelle selon la chambre sociale, l'application de l'article L. 1224-1 du code du travail est écartée en cas de bouleversement dans les conditions de fonctionnement de l'entité consécutif au transfert (par exemple : Soc., 19 mai 2016, pourvoi n° 14-28.347 ; Soc., 7 février 2018, pourvoi n° 16-23.183) ou en cas d'éclatement de l'activité entre plusieurs repreneurs (Soc., 7 juillet 2010, pourvoi n°08-45.351 ; Soc., 10 décembre 2014, pourvoi n°13-20.890; Soc., 12 janvier 2016, pourvoi n°14-22.216, *Bull.* 2016, V, n° 4).

Dans un arrêt du 9 septembre 2015, la CJUE a cependant affirmé que c'est le maintien non pas de l'organisation spécifique imposée par l'entrepreneur aux divers facteurs de production transférés, mais du lien fonctionnel d'interdépendance et de complémentarité entre ces facteurs qui constitue l'élément pertinent aux fins de conclure à la préservation de l'identité de l'entité transférée (CJUE, arrêt du 9 septembre 2015, Ferreira da Silva e Brito e. a, C-160/14), et a précisé dans un arrêt du 20 juillet 2017 que si l'entreprise a été dissoute et ses activités transférées à deux entités ne constitue pas un obstacle en soi, il appartient au juge national de l'apprécier (CJUE, arrêt du 20 juillet 2017, Piscarreta Ricardo, C-416/16).

Une cour d'appel, dans le cas d'un mandat de gestion repris après la vente d'un centre commercial entre deux sociétés mandataires se répartissant l'activité de gestion administrative et de direction du centre commercial, avait retenu que même si l'entité transférée n'avait pas conservé son autonomie d'un point de vue organisationnel, le lien fonctionnel était maintenu permettant aux repreneurs la poursuite d'une activité identique et que les conditions d'application de l'article L. 1224-1 du code du travail étaient réunies. La chambre sociale a néanmoins censuré ce motif, dès lors que la cour d'appel avait constaté que l'activité de la société mandataire avait été répartie entre deux sociétés, en sorte que l'entité économique n'avait pas conservé son identité (Soc., 12 janvier 2016, pourvoi n° 14-22.216, *Bull.* 2016, V, n° 4). En revanche, une cour d'appel a été approuvée pour avoir retenu l'application de l'article L.1224-1 du code du travail, en s'appuyant sur le raisonnement de la CJUE, dans le cas où une activité de service avait été artificiellement répartie entre deux prestataires (Soc., 14 septembre 2017, pourvoi n° 16-14.374).

3. Le cas des experts judiciaires

Un expert inscrit sur la liste des experts judiciaires d'une cour d'appel ayant sollicité son inscription sur la liste nationale des experts judiciaires, le bureau de la Cour de cassation a déclaré sa demande irrecevable au motif qu'il était âgé de plus de soixante-dix ans. L'intéressé a formé un recours contre cette décision, invoquant les dispositions de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

La Cour de cassation a rejeté ce recours aux motifs que l'objet de cette directive vise le principe de la non-discrimination, notamment liée à l'âge, en ce qui concerne l'emploi et le travail et que l'expert judiciaire n'exerce pas une profession (2e Civ., 1er juin 2017, pourvoi n° 17-60.059, publié au *Bulletin*).

Il est en effet désormais acquis que les experts judiciaires, collaborateurs occasionnels du service public de la justice, désignés par le juge, exécutent un mandat de justice et n'exercent pas une profession. Ceci résulte de différents arrêts de la Cour de cassation (notamment 1re Civ., 19 octobre 2016, pourvoi n° 15-25.879, *Bull.* 2016, I, n° 197 ; 2e Civ., 4 juillet 2007, pourvoi n° 07-12.078, *Bull.*, II, n° 196). Une circulaire du 16 novembre 2016 du garde des sceaux, ministre de la justice (NOR : JUSB0510696C, carte professionnelle expert judiciaire), le rappelle en ces termes : « Les experts judiciaires [...] n'exercent en aucune manière une profession [...] ; ils acceptent seulement de consacrer une partie de leur temps au service de la justice et de lui apporter le concours de leurs connaissances techniques en exécutant des missions qui peuvent leur être conférées par les juridictions ».

Par ailleurs, le vingt-cinquième considérant de la directive 2000/78 précitée, adoptée sur le fondement de l'article 13 du traité instituant la Communauté européenne, est ainsi libellé : « L'interdiction des discriminations liées à l'âge constitue un élément essentiel pour atteindre les objectifs établis par les lignes directrices sur l'emploi et encourager la diversité dans l'emploi. [...] ».

Aux termes de son article 1er, elle a « pour objet d'établir un cadre général pour lutter contre la discrimination fondée sur la religion ou les convictions, le handicap,

l'âge ou l'orientation sexuelle, en ce qui concerne l'emploi et le travail, en vue de mettre en œuvre, dans les États membres, le principe de l'égalité de traitement».

C'est au regard de l'ensemble de ces règles que la Cour de cassation a rejeté le recours.

4. En droit de la consommation

Le droit de la consommation provient essentiellement de la transposition de directives. Une telle origine impose au juge national d'interpréter les textes en fonction du droit européen harmonisé, lequel poursuit un double objectif de protection du consommateur et de réalisation du marché intérieur. Un tel vecteur d'interprétation se nourrit des définitions contenues dans les directives, mais aussi de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), et notamment des réponses aux questions préjudicielles qui lui sont posées. En interprétant le texte à la lumière de la directive dont il provient, le juge national assure le respect du droit de l'Union.

La jurisprudence récente de la Cour de cassation offre quelques exemples topiques de ce processus d'interprétation conforme.

Ainsi, dans un arrêt du 26 avril 2017 (1re Civ., 26 avril 2017, pourvoi nº 15-18.970, *Bull.* 2017, I, nº 94), la première chambre civile de la Cour de cassation a jugé que, en application de l'article L. 421-6 du code de la consommation, dans sa rédaction antérieure à celle issue de la loi nº 2014-344 du 17 mars 2014, était recevable la demande en justice d'une association agréée de consommateurs tendant à obtenir la suppression d'une clause illicite ou abusive figurant dans les conditions générales d'un contrat proposé ou destiné au consommateur, peu important qu'au jour où le juge statue la clause litigieuse ne soit plus utilisée par le professionnel. Opérant par substitution de motifs, la Cour de cassation a interprété l'article L. 421-6 du code de la consommation à la lumière de l'article 6, § 1, de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, lu en combinaison avec l'article 7, § 1 et 2, de cette directive, ainsi que de la jurisprudence de la CJUE, laquelle avait rappelé que les États membres devaient «veiller à ce que des moyens adéquats et efficaces existent afin de faire cesser l'utilisation des clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.» (CJUE, arrêt du 26 avril 2012, Invitel, C-472/10; considérant 35).

L'interprétation conforme menée par la Cour de cassation s'est accompagnée d'un revirement de jurisprudence, dès lors qu'auparavant, l'action en suppression était jugée irrecevable lorsqu'elle concernait une clause ne figurant plus dans le nouveau modèle de contrat proposé par le professionnel (1re Civ., 1er février 2005, pourvoi nº 03-13.779, *Bull.* 2005, I, nº 61).

Permettent également d'illustrer le processus d'interprétation conforme, les arrêts rendus à propos de la pratique commerciale consistant à vendre des ordinateurs portables équipés de logiciels préinstallés. Certains consommateurs ayant contesté une telle pratique au nom du droit d'acheter des ordinateurs «nus», la Cour de cassation a été conduite à statuer sur sa licéité au regard de l'article L. 120-1 du code de la consommation, dans sa rédaction issue de la loi nº 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie. Tirant les enseignements d'un arrêt de la CJUE, rendu sur renvoi préjudiciel (CJUE, arrêt du 7 septembre 2016, Deroo-Blanquart, C-310/15), la Cour de cassation a interprété ce texte à la lumière de la directive 2005/29/CE du Parlement

européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur. À la faveur d'une telle interprétation conforme, elle a posé en principe que cette variété de vente liée ne constituait pas une pratique commerciale déloyale au sens de l'article 5 de la directive susmentionnée, sauf à être contraire aux exigences de la diligence professionnelle et à altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé. Elle a également affirmé que, le prix de chaque logiciel n'étant pas une information substantielle au sens de l'article 7 de la directive précitée, son omission ne constituait pas une pratique commerciale trompeuse (1re Civ., 14 décembre 2016, pourvoi no 14-11.437, *Bull.* 2016, I, no 255). D'autres arrêts sont venus confirmer et affiner cette jurisprudence, en la déclinant à différents cas d'espèce (1re Civ., 29 mars 2017, pourvoi no 15-13.248, *Bull.* 2017, I, no 80 ; 1re Civ., 26 avril 2017, pourvoi no 14-21.298).

Outre qu'elle a permis d'assurer le respect du droit de l'Union, l'interprétation conforme menée par la Cour de cassation a eu le mérite de clarifier une jurisprudence qu'une certaine doctrine avait pu qualifier d'énigmatique.

On terminera en évoquant un autre cas d'interprétation conforme, menée cette fois à la lumière de la directive 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs. Une telle interprétation a été opérée à la faveur d'un litige opposant deux sociétés de téléphonie mobile, la première reprochant à la seconde, en ce qu'elle proposait à ses clients l'acquisition d'un téléphone à prix réduit moyennant une majoration du coût du forfait pendant douze ou vingt-quatre mois et un engagement d'abonnement durant cette même période, de consentir une opération de crédit sans observer les dispositions régissant l'information des consommateurs.

La Cour de cassation n'a pas approuvé l'analyse de la cour d'appel, laquelle avait considéré que l'opération litigieuse était exclue du champ d'application de la réglementation relative au crédit, dès lors qu'elle s'analysait en un contrat conclu en vue de la fourniture d'une prestation continue ou à exécution successive de services ou de biens de même nature et aux termes desquels l'emprunteur en règle le coût par paiements échelonnés pendant toute la durée de la fourniture, hypothèse expressément prévue à l'article L. 311-1, 4o, du code de la consommation, dans sa rédaction issue de la loi no 2010-737 du 1er juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation. L'arrêt attaqué a été censuré, au visa de l'article L. 311-1 du même code, tel qu'interprété à la lumière de la directive susmentionnée, au motif que ne relevait pas de l'exclusion précitée, « l'hypothèse envisagée d'une opération consistant à livrer un produit dont le prix est payé par des versements échelonnés, intégrés chaque mois dans la redevance d'un abonnement souscrit pour un service associé » (Com., 7 mars 2018, pourvoi no 16-16.645, publié au *Bulletin*).

S'appuyant sur le contenu de la directive, la Cour de cassation a ainsi privilégié, dans son opération de qualification, une approche fonctionnelle plutôt que formelle du crédit à la consommation, de même qu'une approche compréhensive de son champ d'application, s'inscrivant ainsi dans le sillage de la jurisprudence de la CJUE (CJUE, arrêt du 8 décembre 2016, Verein für Konsumenteninformation, C-127/15).

TITRE 3. LE CONTRÔLE DU RÉSULTAT CONCRET DE L'APPLICATION DE LA NORME (CONTRÔLE DE PROPORTIONNALITÉ)

Le rôle normatif de la Cour de cassation prend aujourd'hui une dimension nouvelle par le développement, dans le sillage du contrôle du respect des droits fondamentaux, du contrôle de proportionnalité.

Le contrôle exercé sur le fondement de la Convention européenne des droits de l'homme place en effet le juge face au dilemme du conflit de droits pour la résolution duquel il n'existe *a priori* aucun critère formel.

Le contrôle de proportionnalité concerne non seulement les normes, mais également et surtout les situations individuelles telles qu'elles sont façonnées par l'application des normes générales, abstraites et impersonnelles. La Cour de cassation s'assure ainsi que l'application d'une norme ne produit pas de résultats disproportionnés, qu'il s'agisse de la loi (chapitre 1) ou du contrat (chapitre 2).

Chapitre 1. L'application de la loi

L'exigence de proportionnalité irrigue de façon consubstantielle la matière pénale tant celle-ci se prête à une mise en balance des atteintes à un droit ou à une liberté fondamentale avec des impératifs d'ordre public.

En premier lieu, le législateur, sous le contrôle du Conseil constitutionnel, veille à l'intégrer dans les choix auxquels il procède lorsqu'il autorise le recours aux mesures de contrainte, à certaines investigations particulièrement intrusives, ou prévoit l'incrimination de certains comportements et leur répression. Il charge l'autorité judiciaire d'y veiller elle-même, en fixant des conditions légales de nécessité et de proportionnalité, en lui donnant un pouvoir de décision et en lui confiant le soin d'exercer un contrôle effectif.

En second lieu, intervient le rôle croissant de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice de l'Union européenne, qui déclinent le principe de proportionnalité : ce dernier constitue tant une règle de fond prohibant une restriction apportée à un droit ou à une liberté qui n'est pas strictement nécessaire par rapport aux buts légitimes poursuivis, qu'une méthode de raisonnement en plusieurs étapes successives permettant de le mettre en œuvre.

La chambre criminelle, tout en étant consciente de la singularité de la matière pénale, n'échappe pas au mouvement plus général qui imprègne la Cour de cassation tendant à s'assurer que l'application d'une norme interne, dont la validité n'est pas nécessairement remise en cause, n'entraîne pas, au regard des circonstances de l'espèce, une atteinte disproportionnée à un droit fondamental garanti de sorte qu'il conviendrait, dans le cas contraire, de l'écarter.

Après avoir donné quelques illustrations, non exhaustives, des domaines de plus en nombreux dans lesquels s'exerce ce contrôle (section 1), les grands axes de ce dernier seront analysés (section 2).

Section 1. La variété des domaines d'exercice du contrôle de proportionnalité *in concreto*

§ I. En matière pénale

S'il est en progression, au premier chef en procédure pénale (A), mais aussi à un moindre degré au regard des incriminations (B), le contrôle de proportionnalité *in concreto* s'applique également, phénomène très nouveau, au prononcé de peines ou de mesures attentatoires à un droit fondamental (C).

A. Une matière de prédilection : la procédure pénale

La procédure pénale est le domaine d'élection du contrôle de proportionnalité *in concreto* comme l'illustrent les décisions rendues en matière, d'une part, d'investigations menées afin d'identifier les sources des journalistes (1), d'autre part, de localisation en temps réel d'un mobile ou d'un véhicule (2) et enfin de sonorisation opérée au sein d'un établissement pénitentiaire (3).

1. Les investigations menées à l'égard des journalistes afin d'identifier leurs sources

Dès 2000, la chambre criminelle a affirmé que, saisie d'une demande d'annulation d'actes, telles des perquisitions réalisées dans des entreprises de presse ou au domicile personnel des journalistes dans des affaires d'atteintes à l'intimité de la vie privée ou de violation du secret de l'instruction et recel, fondée sur une violation de l'article 10 de la CEDH, la juridiction d'instruction est tenue de rechercher si l'acte en cause constitue une mesure nécessaire et proportionnée à l'un ou plusieurs des objectifs définis à cet article. Elle s'en est assurée par un contrôle des motifs, approuvant des décisions de rejet (Crim., 5 décembre 2000, pourvoi n° 00-85.695, *Bull. crim*. 2000, n° 362 ; Crim., 30 octobre 2006, pourvoi n° 06-85.693, *Bull. crim.* 2006, n° 258).

Cette jurisprudence est devenue plus exigeante après l'adoption de la loi n° 2010-1 du 4 janvier 2010 relative à la protection du secret des sources des journalistes modifiant l'article 2 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, relatif au secret des sources des journalistes, et sous l'influence de la Cour de Strasbourg qui, en 2012, condamna la France, rappelant que « les limitations apportées à la confidentialité des sources journalistiques appellent de la part de la Cour l'examen le plus scrupuleux » (CEDH, arrêt du 28 juin 2012, Ressiot e. a. c. France, n° 15054/07 et 15066/07 ; CEDH, arrêt 12 avril 2012, Martin e. a. c. France, n° 30002/08).

Au double visa de ce texte et de l'article 10 de la Convention, la chambre contrôle dorénavant que la motivation des chambres de l'instruction établit que, dans l'affaire considérée, l'atteinte portée au secret des sources des journalistes est justifiée par un impératif prépondérant d'intérêt public et que la mesure est nécessaire et proportionnée au

but légitime poursuivi (Crim., 6 décembre 2011, pourvoi n° 11-83.970, *Bull. crim.* 2011, n° 248 : validation d'une annulation de l'identification des numéros de téléphone des correspondants des journalistes, auteurs d'un article sur une procédure judiciaire). Sont censurées les décisions qui accueillent ou rejettent la requête en nullité dès lors qu'elles ne s'en expliquent pas suffisamment (Crim., 14 mai 2013, pourvoi n° 11-86.626, *Bull. crim.* 2013, n° 106 ; Crim., 25 février 2014, pourvoi n° 13-84.761, *Bull. crim.* 2014, n° 54).

2. Les mesures permettant de localiser en temps réel un téléphone portable ou un véhicule

La question de la compatibilité avec l'article 8 de la CEDH du recours à la géolocalisation, avant son instauration par la loi n° 2014-372 du 28 mars 2014 relative à la géolocalisation, a conduit la chambre à procéder à un examen de proportionnalité approfondi.

Dans une première affaire, il a donc été vérifié la caractérisation, par les juges du fond, de la prévisibilité et l'accessibilité de la loi – le dispositif, en l'espèce apposé sur un véhicule, ayant pour fondement l'article 81 du code de procédure pénale – et de la proportionnalité de l'ingérence – la surveillance, qui concernait un trafic de stupéfiants en bande organisée portant gravement atteinte à l'ordre public et à la santé publique, ayant été effectuée sous le contrôle d'un juge d'instruction et constituant ainsi une garantie suffisante contre l'arbitraire – (Crim., 22 novembre 2011, pourvoi n° 11-84.308, *Bull. crim.* 2011, n° 234). Il en a été de même pour le suivi dynamique d'un téléphone portable s'agissant de faits relatifs à une association de malfaiteurs en vue de préparer des actes de terrorisme portant gravement atteinte à l'ordre public (Crim., 22 octobre 2013, pourvoi n° 13-81.945, *Bull. crim.* 2013, n° 196 ; *cf.* Crim., 6 janvier 2015, pourvoi n° 14-85.528, *Bull. crim.* 2015, n° 8).

En revanche, ont encouru la censure les décisions disant régulières les opérations mises en œuvre lors d'une enquête préliminaire sous la seule autorité du procureur de la République dès lors que la technique de géolocalisation, constitutive d'une grave ingérence dans la vie privée, nécessite qu'elle soit exécutée sous le contrôle du juge (Crim., 22 octobre 2013, pourvoi n° 13-81.949, *Bull. crim.* 2013, n° 197).

Cette position de principe a par la suite évolué à la lumière de la loi précitée du 28 mars 2014, même si elle n'était pas applicable lors de l'accomplissement des actes litigieux, laquelle permet au ministère public d'autoriser, sous certaines conditions, la mesure. De façon novatrice, la chambre criminelle s'est elle-même assurée du caractère proportionné de cas d'ingérence dans la vie privée par la géolocalisation d'individus par leur téléphone portable mise en œuvre sous le contrôle du procureur de la République, prenant en considération d'une part l'importance des infractions en cause (un trafic international de stupéfiants) et d'autre part la durée de la mesure (quelques jours), qui n'avait « pas excédé celle au terme de laquelle le respect des dispositions de l'article 8 de la CEDH imposait qu'elle fussent exécutées sous le contrôle d'un juge » (Crim., 6 janvier 2015, pourvoi n° 14-84.822, *Bull. crim.* 2015, n° 4; voir aussi Crim., 6 janvier 2015, pourvoi n° 14-84.694, *Bull. crim.* 2015, n° 9). On remarquera qu'un tel contrôle, directement effectué, est facilité dans un domaine où la chambre se reconnaît le contrôle des pièces de la procédure.

Il convient cependant de souligner que la Cour européenne a jugé récemment que, avant la loi du 28 mars 2014 précitée, l'utilisation d'un dispositif de géolocalisation en temps réel n'avait aucune base légale en droit interne, l'article 81 du code de procédure pénale ne répondant pas aux critères de prévisibilité et d'accessibilité de la loi, de sorte qu'est devenue inutile l'étape finale du contrôle de proportionnalité (CEDH, arrêt du 8 février 2018, Ben Faiza c. France, nº 31446/12).

3. La sonorisation de lieux au sein d'un établissement pénitentiaire

Dans deux décisions concernant les sonorisations du parloir et de la cellule d'un détenu ordonnées par un juge d'instruction conformément aux articles 736-96 et suivants du code de procédure pénale, la chambre a également évalué leurs nécessité et proportionnalité au regard de l'article 8 de la CEDH, s'assurant de la gravité des infractions concernées et de la brièveté de la mesure (Crim., 1er mars 2006, pourvoi nº 05-87.251, *Bull. crim*. 2006, nº 59; Crim., 17 mars 2015, pourvoi nº 14-88.351, *Bull. crim*. 2015, nº 54). La chambre a en particulier retenu que « la Cour de cassation est en mesure de s'assurer que les garanties légales et conventionnelles reconnues aux personnes concernées par cette mesure ont été respectées ».

Ces situations se distinguent de la sonorisation de deux cellules contigües de garde à vue qui a été assimilée à un stratagème portant atteinte au droit à un procès équitable, au droit de se taire et à celui de ne pas s'incriminer soi-même ainsi qu'au principe de loyauté des preuves (Ass. plén., 6 mars 2015, pourvoi nº 14-84.339, *Bull. crim*. 2015, Ass. plén, nº 2 ; *Rapport* 2015, p. 125 ; *D*. 2015, p. 711, note J. Pradel ; *Dr. Pénal* 2015, comm. 58, note A. Maron et M. Haas; *Procédures* 2015, comm. 139, note J. Buisson).

B. Un domaine plus inhabituel : les incriminations

On donnera deux exemples de cette évolution jurisprudentielle du contrôle de proportionnalité *in concreto* exercé par la chambre criminelle : le premier, classique, intéresse le droit de la presse (1) et le second, original, a trait à une affaire d'escroquerie relative à la liberté d'expression (2).

1. Le droit pénal de la presse

D'emblée, il y a lieu de préciser l'existence d'une exception singulière, mais de poids, à cette affirmation, à savoir le droit pénal de la presse, domaine dans lequel l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme est majeure et le contrôle de la Cour de cassation, agissant tel un troisième degré de juridiction, complet (pour un exemple récent de censure, au visa de l'article 10 de la CEDH, d'une déclaration de culpabilité pour diffamation publique envers un citoyen chargé d'un mandat public : Crim., 23 janvier 2018, pourvoi nº 17-81.874, publié au *Bulletin*; sur l'influence produite par la jurisprudence de la CEDH sur la jurisprudence de la chambre criminelle relative à l'exception de bonne foi en matière de diffamation voir *supra* partie 1, titre 3, chapitre 2, section 2, § III).

2. Le délit d'escroquerie et la liberté d'expression

De façon plus inédite, mais isolée, la chambre s'est penchée sur le cas d'une plainte avec constitution de partie civile pour escroquerie déposée par un parti politique à

l'encontre d'une journaliste qui avait fait usage de faux nom et qualité confortés par la création de faux profils sur les réseaux sociaux afin d'adhérer à un mouvement politique et obtenir des documents et informations qui ont été utilisés pour écrire un ouvrage. Cette plainte a fait l'objet d'une ordonnance de non-lieu confirmée en appel aux motifs que la journaliste a eu pour seul objectif d'informer ses futurs lecteurs en rapportant des propos tenus au cours de d'échanges informels, dans le but de mieux faire connaître l'idéologie du parti.

La chambre criminelle a rejeté le pourvoi après avoir procédé à une substitution de motifs. De façon classique, elle relève tout d'abord que c'est à tort que la chambre de l'instruction a retenu que l'élément moral de l'escroquerie s'appréciait au regard du but poursuivi par l'auteur présumé des faits, puis énonce que toutefois « l'arrêt n'encourt pas la censure, dès lors qu'il se déduit de ses énonciations que les agissements dénoncés se sont inscrits dans le cadre d'une enquête sérieuse, destinée à nourrir un débat d'intérêt général sur le fonctionnement d'un mouvement politique », avant de conclure « qu'eu égard au rôle des journalistes dans une société démocratique et compte tenu de la nature des agissements en cause, leur incrimination constituerait, en l'espèce, une ingérence disproportionnée dans l'exercice de la liberté d'expression » (Crim., 2 octobre 2016, pourvoi n° 15-83.774, *Bull. crim.* 2016, n° 278, *Rapport* 2016, p. 268 ; *JCP* 2016, éd. G., II, 1314, note G. Beaussonie et B. de Lamy).

La proximité avec le raisonnement tenu en matière de presse paraît évidente et c'est bien sur le fondement de l'article 10 de la Convention EDH que le délit d'escroquerie, susceptible d'être caractérisé en ses éléments matériel et moral – contrairement à un cas précédent de journaliste infiltré (Crim., 30 mars 2016, pourvoi n° 15-82.039, *Bull. crim.* 2016, n° 112) –, est en l'espèce écarté à la suite d'un contrôle de proportionnalité directement et pleinement exercé par la Cour de cassation.

Force est de constater que la chambre a entendu encadrer strictement cette mise à l'écart de la loi pénale de fond en posant de sérieux garde-fous : la qualité de journaliste, le caractère sérieux de l'enquête, l'existence d'un débat d'intérêt général – l'un des critères traditionnels de la bonne foi, fait justificatif de la diffamation – et la nature des faits, ce qui laisse supposer que la liberté d'expression ne permettrait pas de cautionner tout comportement infractionnel.

C. Un champ d'application plus nouveau : les peines et les mesures réelles

Le contrôle s'est étendu d'abord aux peines complémentaires ou mesures portant atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale (1) avant de gagner plus globalement le droit des peines (2).

1. Le cas des peines complémentaires ou mesures portant atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale

L'exemple du relèvement de l'interdiction du territoire français prononcée à l'encontre d'un étranger (a) précédera celui de la mesure de remise en état des lieux en matière d'urbanisme (b).

a. Le relèvement de l'interdiction du territoire français

Il est de jurisprudence constante que la juridiction, saisie d'une telle demande par un requérant invoquant le droit au respect de sa vie privée et familiale, est tenue de rechercher, sous peine de méconnaître le texte conventionnel, si le maintien de la mesure en cause respecte un juste équilibre entre ce droit et les impératifs de sûreté publique, de prévention des infractions et de protection de la santé publique (Crim., 13 mars 2001, pourvoi n° 00-82.670, *Bull. crim.* 2001, n° 63 ; Crim., 25 mai 2005, pourvoi n° 04-85.180, *Bull. crim.* 2005, n° 158 ; Crim., 30 mars 2011, pourvoi n° 09-86.641, *Bull. crim.* 2011, n° 68). Si la chambre vérifie que la recherche a bien été opérée, son contrôle sur le fond reste limité : il doit se déduire des motifs des juges que ces derniers ont, sans insuffisance ni contradiction, souverainement apprécié l'absence de disproportion entre le respect de la vie privée et familiale de l'intéressé et le but recherché par la mesure d'éloignement (Crim., 20 février 2013, pourvoi n° 12-83.869, *Bull. crim.* 2013, n° 45).

Opérant un glissement perceptible dans la nature du contrôle, la « méconnaissance du principe de proportionnalité » a été opposée à une cour d'appel ayant rejeté une requête en relèvement (Crim., 3 juin 2015, pourvoi n° 14-86.507, *Bull. crim.* 2015, n° 138). Il s'agissait d'une situation particulière où l'intéressé avait exposé que, réfugié politique, il faisait l'objet d'une assignation à résidence et qu'il était domicilié, avec son épouse et leurs quatre enfants, tous de nationalité française, en France, où il exerçait un emploi.

b. La remise en état des lieux en droit de l'urbanisme

La mise en conformité des lieux ou des ouvrages, la démolition de ces derniers ou la réaffectation du sol, prévues par l'article L. 480-5 du code de l'urbanisme, constituent des mesures à caractère réel destinées à faire cesser une situation illicite, et non des sanctions pénales (Crim., 6 novembre 2012, pourvoi n° 12-82.449, *Bull. crim.* 2012, n° 239). Prenant en compte la jurisprudence de la Cour de Strasbourg (par exemple CEDH, arrêt du 17 octobre 2013, n° 27013/07, Winterstein e. a. c. France) et l'évolution de la jurisprudence civile, après avoir implicitement admis le caractère opérant d'un tel moyen (Crim., 16 février 2016, pourvoi n° 15-82.732, *Bull. crim.* 2016, n° 48), la chambre a érigé en principe que, pour ordonner la remise en état des lieux, le juge doit répondre, en fonction des impératifs d'intérêt général poursuivis par la législation, aux chefs péremptoires des conclusions des parties, selon lesquels une telle mesure porterait une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie familiale (Crim., 31 janvier 2017, pourvoi n° 16-82.945, *Bull. crim.* 2017, n° 26).

2. Une évolution plus globale concernant les peines en général

Le contrôle s'exerce ainsi sur les peines qui portent atteinte soit au droit de propriété (a), soit à la liberté d'expression (b).

a. Peine et droit de propriété

Cette évolution a d'abord touché la peine complémentaire de confiscation du patrimoine prévue par l'article 131-21, alinéa 6, du code pénal. Déconnectée de tout lien légal avec le produit ou l'objet de l'infraction, cette sanction ouvre la faculté d'une confiscation générale des biens du condamné.

Sous l'influence du droit européen (par exemple CEDH, arrêt 27 novembre 2014, nº 28457/10, Aboufadda c. France), abandonnant sa jurisprudence traditionnelle, à savoir la liberté du juge qui n'a pas à s'expliquer sur le choix de la peine (Crim., 17 décembre 2014, pourvoi nº 13-86.722), la Cour de cassation, aux termes d'une série de décisions (Crim., 30 mars 2016, pourvoi nº 15-81.550, *Bull. crim.* 2016, nº 104 ; Crim., 24 mai 2016, QPC nº 15-81.287), a défini le cadre juridique contraint, au-delà des conditions légales, dans lequel elle peut être prononcée : les juges du fond doivent évaluer et justifier, eu regard de la gravité concrète des faits et de la situation personnelle du condamné, les nécessité et proportionnalité de l'atteinte portée par la peine au droit au respect des biens protégé par l'article 1er du premier Protocole additionnel (Crim., 7 décembre 2016, pourvoi nº 15-85.136, *Bull. crim.* 2016, nº 330, arrêt publié sur internet ; *D.* 2017, chron. p. 254, note E. Pichon ; *JCP* 2017, éd. G, act. 13, note J.-H. Robert).

Il s'agit ainsi d'une exigence pesant sur les juges du fond, tant de motivation de la confiscation que de mise en œuvre d'un contrôle de proportionnalité, la Cour de cassation procédant à un contrôle des motifs adoptés sur ces deux aspects. Par voie de conséquence, a été censuré un arrêt qui condamne le prévenu déclaré coupable de blanchiment à une mesure de confiscation de sa propriété par le seul constat que cette peine est adaptée à la nature des faits commis (Crim., 8 mars 2017, pourvoi nº 15-87.422, *Bull. crim.* 2017, nº 66).

b. Peine et liberté d'expression

Par une décision importante rendue en formation solennelle, la chambre, après avoir posé le principe nouveau de motivation de toute peine en matière correctionnelle, s'est penchée sur la question de la proportionnalité de l'atteinte portée à la liberté d'expression par la peine d'inéligibilité d'un an prononcée à l'encontre d'un maire, auteur d'une provocation à la discrimination raciale.

S'inscrivant dans la logique de la Cour de Strasbourg qui prend en considération la nature de la peine afin d'apprécier le caractère proportionné de l'ingérence dans cette liberté (par exemple CEDH, arrêt du 16 juillet 2009, Féret c. Belgique, nº 15615/07), la chambre criminelle a considéré qu'il se déduit des motifs de la cour d'appel, qui procèdent de son appréciation souveraine, que les juges ont apprécié le caractère proportionné de l'atteinte portée au principe de la liberté d'expression (Crim., 1er février 2017, pourvoi nº 15-84.511, *Bull. crim.* 2017, nº 30).

De façon innovante, il est érigé en principe que, en matière de presse, les juges du fond sont tenus de vérifier le caractère proportionné de l'atteinte portée par la sanction au principe de la liberté d'expression défini par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme tel qu'interprété par la Cour européenne. Le contrôle de proportionnalité paraît ainsi être réservé aux peines constitutives, au sens de la jurisprudence de la CEDH, d'une ingérence dans un droit ou une liberté garanti (*a contrario* Crim., 1er février 2017, pourvoi nº 15-85.199, *Bull. crim.* 2017, nº 28).

§ II. En matière de droits d'auteur et droits voisins

Le droit d'auteur offre des illustrations de l'application d'un contrôle de proportionnalité pour le règlement de conflits de droits : entre droits protégés par la Convention

de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (A) ou issus du droit de l'Union européenne (B).

A. Droit d'auteur et liberté de création

Le droit d'auteur et la liberté de création sont des droits fondamentaux d'égale valeur : en droit conventionnel, le premier est protégé par l'article 1er du Protocole no 1 additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui « s'applique à la propriété intellectuelle » (CEDH, arrêt du 11 janvier 2007, Anheuser-Busch Inc. c. Portugal [GC], no 73049/01, § 72), la seconde est une composante du droit à la liberté d'expression, garanti par l'article 10 de ladite Convention (voir en ce sens, 1re Civ., 30 janvier 2007, pourvoi no 04-15.543, *Bull.* 2007, I, no 47).

Or on sait qu'en cas de conflit entre des droits revêtant une identique valeur normative, la Cour européenne des droits de l'homme invite les juridictions nationales à procéder à une mise en balance des intérêts en présence, le juge saisi ne pouvant mécaniquement faire prévaloir l'un sur l'autre et devant, dès lors, se livrer à un examen *in concreto* pour déterminer si, dans l'affaire qui lui est soumise, il y a lieu de protéger l'un plutôt que l'autre.

Si la Cour de cassation a fait sienne cette méthode de résolution des conflits (voir, notamment, s'agissant de l'articulation entre le droit à la vie privée et le droit à la liberté d'expression : 1re Civ., 9 juillet 2003, pourvoi no 00-20.289, *Bull.* 2003, I, no 172), elle a, pendant longtemps, refusé d'y recourir en matière de droit d'auteur.

En effet, en 2003, saisie d'une affaire dans laquelle l'ayant droit du peintre Maurice Utrillo reprochait à la société France 2 d'avoir diffusé, sans son autorisation, un reportage montrant plusieurs tableaux de l'artiste, la première chambre civile de la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel d'avoir énoncé « que le monopole légal de l'auteur sur son œuvre est une propriété incorporelle, garantie au titre du droit de toute personne physique ou morale au respect de ses biens, et à laquelle le législateur apporte des limites proportionnées, tant par les exceptions inscrites à l'article L. 122-5 du code de la propriété intellectuelle que par l'abus notoire prévu à l'article L. 122-9 du même code » et jugé inopérant le moyen tiré de la violation de l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (1re Civ., 13 novembre 2003, pourvoi no 01-14.385, *Bull.* 2003, I, no 229). En 2007, elle a encore affirmé que « le droit à l'information du public consacré par l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales trouve ses limites dans le respect des autres droits identiquement protégés ; qu'il en est ainsi des droits de propriété intellectuelle, biens au sens de l'article 1er du 1er Protocole additionnel » (1re Civ., 2 octobre 2007, pourvoi no 05-14.928).

Cette fermeté trouve son explication dans la conception française du droit d'auteur, qui repose sur le principe selon lequel les exceptions au monopole de l'auteur sont limitativement énumérées par la loi – principalement par l'article L. 122-5 du code de la propriété intellectuelle – et d'interprétation stricte. Une telle conception s'oppose au système anglo-saxon du *fair use*, qui laisse le juge apprécier plus souplement si un acte entre ou non dans le champ du droit exclusif de l'auteur.

Mais la position de la Cour de cassation a récemment et radicalement évolué.

En 2015, saisie d'une affaire dans laquelle un photographe avait agi en contrefaçon contre un artiste-peintre qui avait intégré, dans plusieurs œuvres, trois de ses photographies, la première chambre civile a jugé qu'avait privé sa décision de base légale au regard de l'article 10, § 2, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales une cour d'appel qui avait écarté le moyen tiré d'une atteinte à la liberté d'expression artistique du peintre et condamné ce dernier à réparer le préjudice résultant de l'atteinte portée aux droits d'auteur du photographe, « sans expliquer de façon concrète en quoi la recherche d'un juste équilibre entre les droits en présence commandait la condamnation qu'elle prononçait » (1re Civ., 15 mai 2015, pourvoi no 13-27.391, *Bull.* 2015, I, no 116). Ainsi, dans le prolongement de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui, en ce domaine, a néanmoins reconnu aux autorités nationales « une marge d'appréciation particulièrement importante » (CEDH, arrêt du 10 janvier 2013, Ashby Donald e. a c. France, no 36769/08, § 41), la Cour de cassation impose aux juges du fond de se livrer à une mise en balance *in concreto* entre le droit d'auteur et la liberté d'expression, ce qui, dans certaines hypothèses, pourrait les conduire à écarter le droit exclusif de l'auteur, alors même que l'acte d'exploitation incriminé se situe en dehors du champ des exceptions légales.

Cette nouvelle orientation jurisprudentielle a été confirmée à l'occasion de l'examen, par la première chambre civile, de l'action en contrefaçon engagée par les ayants droit de Georges Bernanos et Francis Poulenc, qui soutenaient que la mise en scène par M. Tcherniakov de l'opéra *Dialogues des carmélites* portait atteinte à l'intégrité de cette œuvre. La décision d'interdire l'exploitation de la captation audiovisuelle de cette mise en scène, commercialisée sous forme de vidéogramme, a été cassée, au visa de l'article 10, § 2, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, faute pour la cour d'appel d'avoir examiné, « comme elle y était invitée, en quoi la recherche d'un juste équilibre entre la liberté de création du metteur en scène et la protection du droit moral du compositeur et de l'auteur du livret, justifiait la mesure d'interdiction qu'elle ordonnait » (1re Civ., 22 juin 2017, pourvois no 15-28.467 et no 16-11.759, publiés au *Bulletin*). Dans cette affaire, comme dans la précédente, la cassation intervient pour un manque de base légale : les juges d'appel auraient dû procéder à un contrôle de proportionnalité *in concreto* ou, autrement dit, s'assurer que la mesure d'interdiction sollicitée par les titulaires de droits d'auteur ne portait pas une atteinte disproportionnée à la liberté de création du metteur en scène.

Ces deux arrêts ont suscité de vives réactions doctrinales. Certains auteurs ont reproché à la Cour de cassation de faire de la liberté de création « un instrument d'affaiblissement » du droit d'auteur (F. Pollaud-Dulian, *RTD* Com. 2015, p. 515) et, évoquant un « *fair use* à la française », ont mis en exergue le risque d'insécurité juridique découlant de la solution retenue (A. Zollinger, « Droit d'auteur et liberté d'expression – Comment procéder à la balance des intérêts *in concreto* ? », *Comm. com. électr.* 2017, étude 7). D'autres, au contraire, l'ont approuvée, estimant que « rien ne justifie que le droit d'auteur […] soit pensé dans un superbe isolement » et soulignant qu'il « s'agit de dire aux juges du fond d'appréhender toutes les facettes d'une situation et ce dans le concret, pour juger au mieux et au plus juste » (M. Vivant, « La balance des intérêts… enfin », *Comm. com. électr.* 2015, étude 17).

Avec un peu de recul, il paraît raisonnable de penser que l'irruption de l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

en droit d'auteur français ne va pas en bouleverser toute l'économie, le mécanisme de mise en balance des intérêts en présence constituant seulement, pour reprendre l'expression de M. Zollinger (article précité), un « élément de souplesse "d'appoint" aidant à penser le droit dans le temps » et permettant au juge de résoudre des conflits nés de situations concrètes que la loi n'a pas pu appréhender.

Le rôle normatif de la Cour de cassation consiste à rappeler aux juges du fond la nécessité de rechercher ce juste équilibre, la question de savoir quel contrôle elle-même opérera, lorsque la recherche aura été effectuée, sur l'appréciation de ce juste équilibre étant, quant à elle, encore en suspens (voir, sur ce point : C. Thomas-Raquin et M. Le Guerer, « Pratique contentieuse. Le contrôle de proportionnalité en droit d'auteur devant la Cour de cassation », *Comm. com. électr.* 2018, nº 2).

B. Droit d'auteur et la liberté d'entreprise

En droit de la propriété intellectuelle, de nombreuses dispositions internes sont issues de la transposition de directives de l'Union européenne.

Tel est le cas de l'article L. 336-2 du code de la propriété intellectuelle, qui transpose l'article 8, § 3, de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001, sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information. Ce texte prévoit qu'en présence d'une atteinte à un droit d'auteur ou à un droit voisin occasionnée par le contenu d'un service de communication au public en ligne, le tribunal de grande instance, statuant le cas échéant en la forme des référés, peut ordonner à la demande des titulaires de droits sur les œuvres et objets protégés, de leurs ayants droit, des organismes de gestion collective ou des organismes de défense professionnelle, toutes mesures propres à prévenir ou à faire cesser une telle atteinte à un droit d'auteur ou un droit voisin, à l'encontre de toute personne susceptible de contribuer à y remédier.

La Cour de cassation a été saisie de plusieurs pourvois formés par des fournisseurs d'accès à Internet et des fournisseurs de moteurs de recherche contre un arrêt de la cour d'appel de Paris, rendu sur le fondement des dispositions précitées, leur ayant fait injonction de prendre des mesures de blocage et de déréférencement de sites offrant aux internautes la possibilité d'accéder à des contenus contrefaisants.

Les pourvois étaient exclusivement dirigés contre le chef de l'arrêt mettant le coût de ces mesures à la charge des intermédiaires techniques. Ceux-ci soutenaient, en substance, que, si les fournisseurs d'accès et de moteurs de recherche sont tenus d'apporter leur concours à la prévention et à la cessation des atteintes aux droits de propriété intellectuelle commises sur Internet, cette contribution technique ne repose sur aucun fait générateur de responsabilité et n'entre pas dans le champ de leur activité, de sorte qu'ils ne sauraient supporter le coût des mesures de filtrage ordonnées. Les organismes de défense professionnelle à l'origine de cette procédure affirmaient, au contraire, que l'obligation d'assumer le coût desdites mesures découlait de l'obligation de les mettre en œuvre.

Par arrêt du 6 juillet 2017, la première chambre civile de la Cour de cassation a tranché cette question, après avoir énoncé que l'article L. 336-2 du code de la propriété intellectuelle devait être interprété à la lumière de la directive 2001/29/CE précitée, mais aussi de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du

8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur («directive sur le commerce électronique»), la Cour de justice de l'Union européenne ayant jugé que les règles édictées par les États membres en application de la première, de même que leur mise en œuvre par les juridictions nationales, ne sauraient affecter les dispositions de la seconde relatives à la responsabilité des intermédiaires techniques (CJUE, arrêt du 24 novembre 2011, Scarlet Extended, préc., points 32 à 35).

Forte de cette méthode d'interprétation, elle a raisonné en deux temps (1re Civ., 6 juillet 2017, pourvoi nº 16-18.595, publié au *Bulletin*; *Rapport* 2017, p. 152).

Dans un premier temps, elle a rappelé que la loi nº 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN), qui a transposé la directive 2000/31/CE précitée, a institué un régime d'irresponsabilité conditionnelle au profit des intermédiaires techniques et qu'à l'instar de l'article L. 336-2 du code de la propriété intellectuelle, l'article 6, I-8, de la LCEN précitée énonce que l'autorité judiciaire peut prescrire à ces intermédiaires, en référé ou sur requête, toutes mesures propres à prévenir un dommage ou à faire cesser un dommage occasionné par le contenu d'un service de communication au public en ligne. Elle a, par ailleurs, relevé que, selon le considérant 59 de la directive 2001/29/CE précitée, les services d'intermédiaires peuvent, en particulier dans un environnement numérique, être de plus en plus utilisés par des tiers pour porter atteinte à des droits, que, dans de nombreux cas, ces intermédiaires sont les mieux à même de mettre fin à ces atteintes. Elle en a déduit que les dispositions relatives à la responsabilité des intermédiaires techniques ne s'opposaient pas à ce que le coût des mesures ordonnées sur le fondement de l'article L. 336-2 du code de la propriété intellectuelle soit supporté par ces derniers, quand bien même ces mesures sont susceptibles de représenter pour eux un coût important, les directives 2000/31/CE et 2001/29/CE, précitées, prévoyant que, nonobstant leur irresponsabilité de principe, les fournisseurs d'accès et d'hébergement sont tenus de contribuer à la lutte contre les contenus illicites et, plus particulièrement, contre la contrefaçon de droits d'auteur et de droits voisins.

Dans un second temps, elle a cependant affirmé, dans le prolongement tant de la jurisprudence du Conseil constitutionnel (Cons. const., 10 juin 2009, décision nº 2009-580 DC, Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet) que de celle de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE, arrêt du 24 novembre 2011, Scarlet Extended, C-70/10; CJUE, arrêt du 27 mars 2014, UPC Telekabel Wien, C-314/12), qu'il incombait à la juridiction saisie d'une demande d'injonction de ne prononcer que les mesures strictement nécessaires à la préservation des droits en cause et d'assurer un juste équilibre entre les droits de propriété intellectuelle dont jouissent les titulaires de droits d'auteur et de droits voisins, protégés, notamment, par l'article 17, § 2, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, et la liberté d'entreprise dont bénéficient les opérateurs économiques, tels que les fournisseurs d'accès et d'hébergement, consacrée, notamment, par l'article 16 de ladite Charte. Elle a plus spécialement relevé qu'il résultait de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne que, si une injonction d'une juridiction nationale mettant le coût des mesures exclusivement à la charge de l'intermédiaire technique concerné ne portait pas atteinte à la substance même du droit à la liberté d'entreprise de ce dernier, dès lors que lui était laissé le soin de déterminer les mesures concrètes à prendre pour atteindre le résultat

visé, il en irait autrement si ces mesures exigeaient de lui de faire des sacrifices insupportables, ce qu'il lui appartenait de démontrer (arrêt « UPC Telekabel Wien », préc., points 50 à 53).

Après avoir vérifié que les juges du fond avaient, en l'espèce, procédé de façon concrète à cette mise en balance des droits, la première chambre civile de la Cour de cassation a approuvé la décision de la cour d'appel de mettre à la charge des fournisseurs d'accès et de moteurs de recherche concernés le coût des mesures de filtrage ordonnées, celles-ci étant strictement nécessaires à la préservation des droits en cause.

§ III. En matière de droit de propriété et de droit de l'urbanisme

Prenant acte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, la troisième chambre civile de la Cour de cassation s'est engagée dans la voie du contrôle de proportionnalité dont elle a toutefois délimité le périmètre.

Elle a rendu plusieurs décisions intéressant notamment le droit de propriété, domaine d'élection de son intervention. Elle a ainsi été amenée à confronter le droit de propriété, mais également le droit de l'urbanisme, au droit au respect de la vie privée et familiale et du domicile protégé par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi qu'au droit au respect des biens garanti par l'article 1er du premier Protocole additionnel à la Convention.

A. Violation de règles d'urbanisme et article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

Dans un arrêt rendu le 17 octobre 2013 se situant dans le droit fil de sa jurisprudence (CEDH, arrêt du 24 avril 2012, Yordanova e. a c. Bulgarie, n° 25446/06), la CEDH avait condamné la France pour violation de l'article 8 de la Convention.

Elle avait considéré que l'évacuation de terrains et l'enlèvement de caravanes installées en infraction à un plan d'occupation des sols constituaient une ingérence dans le droit de leurs habitants au respect de leur vie privée et familiale et de leur domicile, que, si une telle ingérence était légale et visait le but légitime que constituait la défense des droits d'autrui par le biais de la défense de l'environnement, elle ne pouvait être regardée comme « nécessaire dans une société démocratique » au sens de l'article 8 de la Convention, et que les juridictions internes avaient accordé une importance prépondérante à la non-conformité aux règles du plan d'occupation des sols sans la mettre en balance avec les arguments invoqués par les requérants, notamment l'ancienneté de leur occupation, la tolérance de la commune pendant de nombreuses années et le fait que la vie en caravane faisait partie intégrante de l'identité des gens du voyage.

Elle en avait conclu que les requérants n'avaient pas bénéficié d'un examen de la proportionnalité de l'ingérence conforme aux exigences de l'article 8 (CEDH, arrêt du 17 octobre 2013, Winterstein e. a c. France, n° 27013/07).

Dans un arrêt rendu le 21 avril 2016, s'agissant de démolitions ordonnées pour violation d'un permis de construire, la CEDH a considéré que les requérants, qui avaient construit illicitement leur maison, ne pouvaient opposer le droit au respect de leur bien pour contester la démolition, mais elle a néanmoins retenu une violation de l'article 8 de la Convention dès lors que les juridictions nationales, saisies de la question

de la légalité de la mesure de démolition, s'étaient limitées à celle-ci, sans apprécier l'effet éventuellement disproportionné de l'exécution de l'ordonnance de démolition sur la situation personnelle des requérants (CEDH, arrêt du 21 avril 2016, Ivanova et Cherkezov c. Bulgarie, nº 46577/15).

Pour sa part, la troisième chambre civile de la Cour de cassation considérait ces dernières années que, quels que soient les droits fondamentaux invoqués par les occupants de caravanes installées sur le terrain d'autrui ou en contravention avec les règles d'urbanisme, une telle occupation, qui constituait un trouble manifestement illicite (au sens de l'article 809, alinéa 1, du code de procédure civile), justifiait l'enlèvement des caravanes sans que puisse être utilement invoqué le droit au respect de la vie privée et du domicile ou le droit au logement (3e Civ., 3 mars 2010, pourvoi nº 08-21.911, *Bull.* 2010, III, nº 54; voir également, sur la nécessité de prévenir un dommage imminent : 3e Civ., 22 octobre 2015, pourvoi nº 14-11.776, *Bull.* 2015, III, nº 102), ou encore que le moyen tiré de la violation de l'article 8 de la Convention EDH, n'ayant pas été invoqué devant les juges du fond, était nouveau et que, mélangé de fait et de droit, il était irrecevable : 3e Civ., 28 janvier 2015, pourvoi nº 13-24.364; 3e Civ., 8 octobre 2015, pourvoi nº 14-18.865).

Mais, dans une affaire ayant donné lieu à un arrêt du 17 décembre 2015, le moyen avait été invoqué devant les juges du fond et ne pouvait donc pas être considéré comme nouveau. La cour d'appel, statuant en référé, avait retenu que la parcelle litigieuse était située dans un espace boisé classé comme zone naturelle, que le plan local d'urbanisme interdisait toute construction à usage d'habitation, caravanes et habitations légères de toute sorte, que les propriétaires de la parcelle, après avoir défriché et aménagé le terrain, y avaient installé des caravanes et divers cabanons en violation du plan local d'urbanisme et sans déclaration préalable, et que les droits garantis par l'article 8 de la Convention ne pouvaient faire obstacle au respect des règles d'urbanisme ni faire disparaître le trouble résultant de leur violation ou effacer son caractère manifestement illicite.

La troisième chambre civile a cassé cette décision, faute pour la cour d'appel d'avoir recherché, comme il le lui était demandé, si les mesures ordonnées étaient proportionnées au regard du droit au respect de la vie privée et familiale et du domicile des propriétaires du terrain, garanti par l'article 8 de la Convention (3e Civ., 17 décembre 2015, pourvoi nº 14-22.095, *Bull.* 2015, III, nº 138).

Il appartient désormais au juge des référés qui a retenu l'existence d'un trouble manifestement illicite de soupeser les droits fondamentaux invoqués devant lui avant d'ordonner des mesures destinées à y mettre fin.

Il faut toutefois souligner que l'arrêt du 17 décembre 2015 précité, s'il marque une étape en faveur d'un contrôle de proportionnalité, s'insère dans la continuité de la jurisprudence constante rendue en application de l'article 809, alinéa 1, du code de procédure civile, par laquelle la Cour de cassation invite le juge des référés à décider des mesures les plus appropriées pour mettre fin à un trouble manifestement illicite ou pour prévenir un dommage imminent : le contrôle de proportionnalité est ainsi, en réalité, inhérent à la mission même du juge des référés.

B. Occupation sans droit ni titre de la propriété d'autrui et article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

Dans des affaires ayant donné lieu à cinq arrêts du 21 décembre 2017, un office public d'HLM avait assigné en expulsion des personnes qui s'étaient introduites illégalement dans des bâtiments murés lui appartenant et destinés à une démolition/reconstruction au titre d'un projet de réaménagement de quartier.

Pour s'opposer à une telle demande, les occupants avaient fait valoir qu'ils étaient des réfugiés étrangers et invoqué le droit au respect de leur domicile, consacré par l'article 8 de la Convention.

Alors que le juge des référés du tribunal d'instance avait prononcé leur expulsion, la cour d'appel avait dit n'y avoir lieu à référé, en retenant l'absence même de trouble manifestement illicite. Elle avait en effet considéré qu'une mesure d'expulsion, qui aurait pour effet de placer les occupants dans une plus grande précarité, s'agissant de ressortissants ayant été contraints de quitter leur pays d'origine, caractériserait une atteinte plus importante au droit au respect de leur domicile que le refus de cette mesure au droit de propriété de l'office public d'HLM ; elle en avait déduit que l'expulsion serait, à l'évidence, en de telles circonstances, de nature à compromettre l'exercice par ceux-ci de leurs droits consacrés par l'article 8, de sorte que le trouble allégué était dépourvu de toute illicéité manifeste.

La troisième chambre civile a censuré ce raisonnement, pour violation de l'article 849, alinéa 1, du code de procédure civile, en énonçant, dans la ligne de sa jurisprudence habituelle, que l'occupation sans droit ni titre du bien d'autrui constitue un trouble manifestement illicite (3e Civ., 21 décembre 2017, pourvoi nº 16-25.469, publié au *Bulletin*).

Soulignant la protection du droit de propriété par le juge des référés judiciaire, elle a ainsi rappelé que le contrôle de proportionnalité que celui-ci doit effectuer en présence d'un trouble manifestement illicite ne porte que sur les mesures de nature à faire cesser ce trouble (dans le même sens, voir 3e Civ., 20 janvier 2010, pourvoi nº 08-16.088, *Bull*. 2010, III, nº 19 ; 2e Civ., 2 février 2012, pourvoi nº 11-14.729).

Dans une telle occurrence, le contrôle de proportionnalité intervient une fois le trouble manifestement illicite établi : son exercice ne saurait aboutir à ôter au trouble constaté son caractère illicite ; c'est cette erreur de raisonnement qui a été censurée par l'arrêt du 21 décembre 2017 précité.

Après avoir illustré la grande diversité du champ d'intervention du contrôle de proportionnalité devant la Cour de cassation, en seront dégagées les lignes de force.

Section 2. Essai d'analyse du contrôle de proportionnalité *in concreto*

L'analyse de la démarche globale de la Cour de cassation conduit à dresser un triple constat : si le contrôle ainsi exercé s'inscrit dans une démarche classique mais évolutive (§ I), l'affinement de la démarche permet d'en poser les limites (§ II) en même temps qu'il en révèle des effets induits assurément considérables (§ III).

§ I. Une démarche classique mais en évolution

L'évolution de la méthode du contrôle de proportionnalité s'observe tout particulièrement en droit pénal (A) et en droit de la famille (B).

A. L'évolution de la méthode du contrôle de proportionnalité en droit pénal

Les juges du fond doivent répondre, sous peine de censure, au grief pris d'une atteinte disproportionnée à un droit ou une liberté conventionnellement garanti après avoir procédé à la recherche nécessaire. La chambre a décliné cette exigence dans de nombreux domaines; par exemple, en matière de mandat d'arrêt européen, ne justifie pas sa décision la chambre de l'instruction qui autorise la remise d'une personne, en exécution d'un mandat d'arrêt européen, pour l'exécution d'une peine de sept mois d'emprisonnement prononcée pour le vol d'un porte-monnaie contenant une somme de 40 euros, sans rechercher, comme elle y était invitée, si la remise de l'intéressée, mère de cinq enfants scolarisés qu'elle élevait, ne portait pas une atteinte disproportionnée à sa vie privée et familiale (Crim., 12 mai 2010, pourvoi nº 10-82.746, *Bull. crim.* 2010, nº 86).

Mais, ils sont parfois tenus de procéder d'office à cette recherche, comme le révèle clairement la jurisprudence déjà citée sur les peines de confiscation du patrimoine et d'inéligibilité.

De plus, si l'appréciation de la proportionnalité par les juges du fond est le plus souvent souveraine, la motivation doit être suffisante et dénuée de contradiction. Dans la majorité des cas, la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité *in concreto* relève de l'office des juges du fond en ce qu'il s'appuie sur les circonstances de la cause, et le rôle du juge de cassation consiste à n'effectuer, au vu de la motivation retenue, que «le contrôle du contrôle» (Crim., 20 février 2013, pourvoi nº 12-83.869 préc.). Il reste qu'en raison de sa nature adaptable le recours à cette technique classique de cassation peut être d'une grande efficacité : juger que des motifs se révèlent insuffisants à caractériser la proportionnalité n'est pas si fondamentalement différent de retenir une erreur manifeste d'appréciation (Crim., 14 mai 2013, pourvoi nº 11-86.626 préc.).

Cependant la chambre criminelle a pu procéder elle-même à un contrôle direct de proportionnalité, comme l'ont montré des illustrations détaillées ci-dessus, la plus frappante concernant l'exclusion de l'incrimination d'escroquerie en raison d'une ingérence disproportionnée dans la liberté d'expression du journaliste.

L'appréhension de la nouveauté du moyen est une autre évolution.

Il résulte ainsi de la lecture de la jurisprudence récente de la chambre criminelle un certain infléchissement dans l'analyse du caractère nouveau du moyen pris d'une atteinte *in concreto* au principe de proportionnalité; la position traditionnelle opposant sans nuance une irrecevabilité dès lors que, mélangé de fait, il est invoqué pour la première fois devant le Cour de cassation, tend à être modulée.

En matière d'urbanisme, si la chambre criminelle a déclaré irrecevable, comme nouveau et mélangé de fait, le moyen selon lequel une mesure de remise en état des lieux porterait une atteinte disproportionnée aux droits garantis par un texte conventionnel, au regard de l'impératif d'intérêt général poursuivi par la législation de l'urbanisme dès lors que la prévenue ne l'a pas soutenu devant la cour d'appel, c'est parce que, d'une part, la mesure a été ordonnée par le tribunal correctionnel et confirmée en

appel, d'autre part, l'examen du moyen par la Cour de cassation nécessiterait la prise en considération d'éléments de fait qui ne résultent pas des constatations de l'arrêt attaqué (Crim., 16 février 2016, pourvoi nº 15-82.732, *Bull. crim.* 2016, nº 48).

Une décision identique a été adoptée s'agissant d'un moyen pris d'une atteinte disproportionnée au droit au respect de sa vie privée et familiale par une peine complémentaire d'interdiction de gérer (Crim., 20 juin 2017, pourvoi nº 16-80.982, *Bull. crim.* 2017, nº 169). D'autres arrêts ne sont pas arrêtés au caractère nouveau du moyen (Crim., 1er février 2017, pourvoi nº 15-84.511 préc.).

Autre manifestation de l'évolution du contrôle exercé par la chambre criminelle : il a été admis que le droit conventionnel ait pu être invoqué seulement « en substance ». Ainsi, a été censurée, au visa de l'article 8 de la CEDH, la remise dans le cadre d'un mandat d'arrêt européen autorisée par une chambre de l'instruction alors que la personne recherchée, même si elle ne visait pas cet article, faisait valoir qu'elle souhaitait exécuter sa peine en France, compte tenu de ses attaches familiales et professionnelles, de sorte qu'il devait être vérifié que la remise sollicitée ne portait pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de sa vie privée et familiale (Crim., 12 avril 2016, pourvoi nº 16-82.175, *Bull. crim.* 2016, nº 132).

Pour autant, il convient d'étayer l'atteinte concrète au principe de proportionnalité. S'agissant d'une mesure de saisie pénale d'un immeuble, la chambre a jugé que, si la personne mise en examen pouvait invoquer son droit à la vie privée et familiale pour s'opposer à la saisie, c'est à la condition qu'elle fasse état, devant les juges du fond, d'éléments propres à démontrer qu'il y a été porté atteinte (Crim., 15 mars 2017, pourvoi nº 16-80.801, *Bull. crim.* 2017, nº 74). En l'espèce, l'intéressé s'était contenté de critiquer la saisie du bien en ce qu'il constituait son domicile.

B. L'évolution de la méthode du contrôle de proportionnalité en droit de la famille

Les attributions de la première chambre civile, notamment en droit des personnes et de la famille, la conduisent régulièrement à confronter les textes de droit interne aux droits fondamentaux garantis par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et tout particulièrement au droit au respect de la vie privée et familiale protégé par l'article 8.

Ce droit est en effet invoqué de plus en plus fréquemment par les justiciables, y compris, parfois, pour la première fois devant la Cour de cassation, le moyen pris de la violation de la Convention européenne, bien que nouveau, étant recevable lorsqu'il est de pur droit, c'est-à-dire qu'il « n'appelle la prise en considération d'aucun élément de fait qui ne résulterait pas des constatations de l'arrêt » (1re Civ., 9 avril 2013, pourvoi nº 11-27.071, *Bull.* 2013, I, nº 66).

On sait que l'article 8 est composé de deux parties : une première, qui énonce le principe du droit au respect de la vie privée et familiale, et une seconde, qui réglemente les exceptions, à savoir les ingérences, lesquelles doivent être prévues par la loi et constituer des mesures nécessaires dans une société démocratique.

Or, le contrôle de conventionnalité de la norme de droit interne implique non seulement de déterminer si celle-ci satisfait en elle-même – *in abstracto* – aux exigences de

ce texte, mais également si son application au cas d'espèce ne crée pas une ingérence disproportionnée dans l'exercice du droit protégé, c'est-à-dire si la mesure contestée ne constitue pas un moyen disproportionné pour parvenir au but poursuivi. C'est l'objet du contrôle de proportionnalité *in concreto* que met en œuvre la Cour européenne des droits de l'homme : déterminer si l'application de la loi au justiciable concerné ne constitue pas, au regard des circonstances particulières du dossier, une ingérence injustifiée dans l'exercice de son droit protégé par la Convention.

On devine sans peine à quel point ce mode de raisonnement est, à bien des égards, étranger à la logique du droit français. La nullité d'un mariage incestueux, au sens de l'article 161 du code civil – prohibition du mariage entre ascendants et descendants en ligne directe, et entre alliés dans la même ligne –, est en principe applicable à tous les justiciables, quelles que soient la durée du mariage et les circonstances propres au couple concerné. De même, le délai de prescription de l'action en contestation de paternité est le même pour tous les enfants, quelles que soient les circonstances dans lesquelles ils ont eu connaissance de la vérité sur leurs origines ou le degré de certitude de cette vérité biologique.

Pour le juge, mettre à l'écart la loi dans un dossier particulier ne va pas non plus de soi – ce que la doctrine n'a pas manqué de relever (A. Bénabent, « Un culte de la proportionnalité… un brin disproportionné », *D.* 2016, p. 137 ; F. Chénedé, « Des dangers de l'équité au nom des droits de l'homme (à propos de la validation judiciaire d'un mariage illégal) », *D.* 2014, p. 179) – : comment concilier l'égalité devant la loi et sa mise à l'écart au profit d'un individu donné ? Sur quels critères se fonder pour écarter la loi dans une affaire donnée et pas dans une autre ?

Au-delà de ces interrogations de fond, le contrôle *in concreto* de la conventionnalité de la norme impose un changement de méthode puisqu'il convient, selon la Cour de Strasbourg, pour vérifier l'existence d'une atteinte disproportionnée dans l'exercice du droit protégé, de procéder à une « mise en balance » des intérêts en présence, de vérifier si « un juste équilibre dans la pondération des intérêts concurrents » a été ménagé, recherche fort éloignée du syllogisme auquel le juge français est habitué.

Ce contrôle est d'autant plus délicat, pour la Cour de cassation, que celle-ci, juge du droit, est tenue par les faits tels qu'ils ont été souverainement appréciés par les juges du fond.

Mais, d'abord, l'article 55 de la Constitution, selon lequel les traités ont une autorité supérieure à celle des lois, impose au juge de contrôler la conformité de la loi aux engagements internationaux de la France, dont la Convention européenne des droits de l'homme. Or, celle-ci s'impose dans l'acception qui en est donnée par son organe interprétatif, la Cour de Strasbourg. C'est ainsi que l'assemblée plénière de la Cour de cassation a rappelé que les États adhérents à la Convention européenne des droits de l'homme étaient tenus de respecter les décisions de la Cour européenne, « sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation » (Ass. plén. 15 avril 2011, pourvoi nº 10-17.049, *Bull. crim.* 2011, Ass. plén., nº 1, Ass. plén. 15 avril 2011, pourvoi nº 10-30.313, *Bull. crim.* 2011, Ass. plén., nº 3, Ass. plén. 15 avril 2011, pourvoi nº 10-30.316, *Bull. crim.* 2011, Ass. plén., nº 4 ; *Rapport* 2011, p. 391).

Ensuite, le coût financier, en cas de condamnation de la France, peut s'avérer douloureux pour la collectivité. Rappelons, par exemple, que la France a été condamnée,

au titre de la satisfaction équitable, à payer à M. P. la somme de 2 750 000 € parce que celui-ci n'avait pu faire reconnaître judiciairement sa filiation à l'égard de son père biologique, ce qui l'avait privé de ses droits sur l'actif successoral – lequel comportait une propriété viticole de grande valeur – en contravention avec l'article 8 de la Convention (CEDH, arrêt du 8 novembre 2012, Pascaud c. France, nº 19535/08).

Enfin, il est désormais possible, depuis la loi nº 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle, d'obtenir le réexamen d'une décision définitive rendue en matière d'état des personnes, lorsque la Cour européenne des droits de l'homme a constaté une violation de la Convention (voir les deux premières décisions rendues par la Cour de réexamen des décisions en matière civile : Cour de réexamen, 16 février 2018, pourvoi nº 001, publié ; Cour de réexamen, 16 février 2018, pourvoi nº 002, publié).

Le contrôle de proportionnalité *in concreto*, aussi délicat soit-il, est donc désormais intégré comme méthode de raisonnement par la première chambre civile, dans le sillage de la réflexion engagée à la Cour de cassation par son premier président (B. Louvel « Réflexions à la Cour de cassation », *D.* 2015, 1326).

Elle a ainsi, dans un arrêt remarqué du 4 décembre 2013, laissé inappliqué un texte de droit interne – l'article 161 du code civil précité –, en refusant de prononcer la nullité d'un mariage entre alliés en ligne directe – un homme avec son ex-belle-fille –, au motif que celle-ci revêtait, à l'égard de l'épouse, le caractère d'une ingérence injustifiée dans l'exercice du droit au respect de sa vie privée et familiale, dès lors que cette union, célébrée sans opposition, avait duré plus de vingt ans (1re Civ., 4 décembre 2013, pourvoi nº 12-26.066, *Bull* 2013, I, nº 234).

En revanche, saisie de la même question trois ans plus tard, la même chambre a approuvé une cour d'appel qui avait annulé un mariage entre alliés en ligne directe, aux motifs, d'abord, que l'épouse avait vécu, alors qu'elle était mineure, durant neuf années avec celui qu'elle avait ultérieurement épousé et qui représentait nécessairement pour elle, alors qu'elle était enfant, une référence paternelle, au moins sur le plan symbolique, ensuite, que l'union n'avait duré que huit années, et enfin qu'aucun enfant n'en était issu. De ces éléments de fait souverainement appréciés, la cour d'appel avait pu déduire que l'annulation du mariage ne portait pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale de l'épouse, au regard du but légitime poursuivi (1re Civ., 8 décembre 2016, pourvoi nº 15-27.201, *Bull.* 2016, I, nº 248).

Avant de parvenir à cette conclusion, la première chambre civile a énoncé que l'ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale que constitue l'annulation d'un mariage entre alliés en ligne directe est prévue par la loi et poursuit un but légitime en ce qu'elle vise à sauvegarder l'intégrité de la famille et à préserver les enfants des conséquences résultant d'une modification de la structure familiale. Puis elle a ajouté, rappelant la nécessité d'un examen *in concreto* des éléments du dossier par les juges du fond : « il appartient toutefois au juge d'apprécier si, concrètement, dans l'affaire qui lui est soumise, la mise en œuvre de ces dispositions ne porte pas au droit au respect de la vie privée et familiale garanti par la Convention une atteinte disproportionnée au regard du but légitime poursuivi ».

Les circonstances des deux affaires étaient différentes, ce qui a justifié une appréciation différente de l'ingérence et, dans un cas, le « sauvetage » du mariage prohibé, dans

l'autre, son annulation, en application des textes légaux, mais, dans les deux cas, la prohibition résultant de l'article 161 du code civil a été préservée (voir J.-P. Marguénaud, « Le sauvetage magistral de la prohibition du mariage entre alliés en ligne directe », *RTD Civ*. 2014, 307).

Le contrôle du résultat concret de l'application de la norme est également apparu en droit de la filiation, sous l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

En effet, lorsque celle-ci examine les délais de prescription des actions relatives à la filiation, pour déterminer si l'ingérence que constitue cette fin de non-recevoir, dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale du requérant, est justifiée, elle procède à une mise en balance des différents intérêts en présence : intérêt de l'enfant et du père prétendu à voir la filiation biologique établie, intérêt du père légal et de la mère à préserver le lien juridique établi avec l'enfant, « intérêt général à la protection de la sécurité juridique ».

Parmi ces intérêts doit être pris en considération, en particulier, l'intérêt supérieur de l'enfant : « pour trancher une action tendant à faire établir la paternité, les tribunaux doivent tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant » (CEDH, arrêt du 7 février 2002, Mikulić c. Croatie, n° 53176/99 ; CEDH, arrêt du 18 février 2014, A. L. c/Pologne, n° 28609/08), étant rappelé que « chaque fois que la situation d'un enfant est en cause, l'intérêt supérieur de celui-ci doit primer » (voir, parmi de nombreux autres arrêts, CEDH, arrêt du 26 juin 2014, Mennesson c. France, n° 65192/11 ; CEDH, arrêt du 28 juin 2007, Wagner et J. M. W. L. c. Luxembourg, n° 76240/01).

La Cour européenne déduit de cette nécessaire mise en balance, ainsi que de l'intérêt « vital » que représentent, pour les intéressés, la connaissance de leur ascendance et la possibilité de faire établir leur lien de filiation, que les délais de prescription ne peuvent être appliqués « automatiquement et sans considération des circonstances particulières de chaque affaire » (CEDH, arrêt du 6 juillet 2010, Backlund c. Finlande, n° 36498/05 ; CEDH, arrêt du 6 juillet 2010, Grönmark c. Finlande, n° 17038/04). Il en résulte la nécessité de prévoir des exceptions à l'application des délais de prescription, en matière d'actions en recherche ou en contestation de paternité, notamment lorsque l'intéressé découvre sa filiation après expiration du délai légal, lorsque la preuve de la filiation a été établie avec certitude (par exemple, par un test génétique), lorsque tous les intéressés sont favorables à l'établissement de la vérité biologique, ou encore, lorsque le père prétendu est décédé sans filiation établie.

Comme le relève justement Françoise Dekeuwer-Défossez, « évidemment, ce mode de raisonnement est totalement étranger à la logique française. La filiation, en droit français, est régie par un certain nombre de règles légales abstraites et indifférenciées, qui s'appliquent de la même manière aux pères prétendus conciliants ou réfractaires, aux personnes décédées sans descendance comme à celles qui laissent une famille éplorée » (« Le droit français de la filiation et la Cour européenne des droits de l'homme : chronique d'une condamnation prévisible », *RLDC* 2011, 86).

Néanmoins, et pour les raisons qui viennent d'être exposées, la première chambre civile procède désormais à un contrôle de proportionnalité en matière de prescription des actions relatives à la filiation (H. Fulchiron, « Prescription des actions relatives à la filiation et contrôle de proportionnalité, *D*. 2016, 1980).

Dans un premier temps, par un arrêt du 10 juin 2015 (1re Civ., 10 juin 2015, pourvoi nº 14-20.790), elle a cassé, au visa de l'article 455 du code de procédure civile, un arrêt qui n'avait pas répondu aux conclusions des parties l'invitant à opérer un contrôle de proportionnalité en matière de prescription de l'action en contestation de paternité.

Dans un second temps, alors que la cour d'appel avait opéré le contrôle de proportionnalité qui lui était demandé, la première chambre civile a « contrôlé le contrôle » effectué par les juges du fond. En l'espèce, l'atteinte portée au droit au respect de la vie privée des demandeurs, par la mise en œuvre de la fin de non-recevoir prévue à l'article 333, alinéa 2, du code civil, n'a toutefois pas été jugée excessive, au regard du but légitime poursuivi (1re Civ., 6 juillet 2016, pourvoi nº 15-19.853, *Bull.* 2016, I, nº 157).

Dans le prolongement de cette décision, plusieurs arrêts ont procédé à un contrôle de proportionnalité *in concreto*, vérifiant que l'application des textes relatifs aux délais pour agir en matière d'établissement ou de contestation de la filiation ne portait pas, au cas d'espèce, une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale des justiciables concernés (1re Civ., 5 octobre 2016, pourvoi nº 15-25.507, *Bull.* 2016, I, nº 185 ; 1re Civ., 9 novembre 2016, pourvoi nº 15-25.068, *Bull.* 2016, I, nº 216).

Dans l'arrêt du 9 novembre 2016, comme dans celui du 8 décembre 2016, pourvoi nº 15-27.201 précité, relatif au mariage, la Cour de cassation, après avoir constaté que les dispositions légales, « qui ménagent un juste équilibre entre le droit à la connaissance et à l'établissement de son ascendance, d'une part, les droits des tiers et la sécurité juridique, d'autre part, ne méconnaissent pas les exigences résultant de l'article 8 », rappelle qu'il « appartient toutefois au juge d'apprécier si, concrètement, dans l'affaire qui lui est soumise, la mise en œuvre de ces dispositions ne porte pas, au droit au respect de la vie privée et familiale garanti par la Convention, une atteinte disproportionnée au regard du but légitime poursuivi » (H. Fulchiron, « Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode », *D.* 2017, nº 12, p. 656).

Pour autant, à ce jour, en droit de la filiation, la Cour de cassation n'a pas encore été amenée à écarter l'application des textes de droit interne qui lui étaient soumis. Le législateur ayant lui-même, par l'ordonnance nº 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, recherché un équilibre entre l'accès à la vérité biologique et la nécessaire sécurisation des liens de filiation, l'hypothèse d'une mise à l'écart de la norme, pour un justiciable donné, demeurera sans doute exceptionnelle.

Ainsi, en droit de la famille, la seule décision ayant écarté l'application de la loi, en raison des circonstances particulières de l'espèce, est l'arrêt du 4 décembre 2013 précité relatif au mariage entre alliés. Loin de remettre en cause la sécurité juridique ou de déstabiliser tout le droit de la famille, le contrôle de conventionnalité *in concreto* est donc mis en œuvre avec autant de prudence que de détermination par la juridiction suprême.

§ II. Un contrôle objet de limites

Tant la matière pénale (A) que la protection de la propriété (B) révèlent les limites du contrôle de proportionnalité *in concreto*.

A. En matière pénale

Il est intéressant de relever que le développement de ce contrôle, régulièrement invoqué dans les mémoires soumis à l'appui des pourvois, a permis, au fur et à mesure de son affinement, d'en fixer différents degrés.

La matière des saisies et confiscations en offre un panel exemplaire. Alors qu'un contrôle de proportionnalité au regard du droit de propriété est inhérent à une telle mesure lorsqu'elle porte sur tout ou partie du patrimoine de l'intéressé, il n'a pas lieu d'être effectué lorsque le bien confisqué est, dans sa totalité, le produit ou l'objet des infractions dont le prévenu a été déclaré coupable (Crim., 7 décembre 2016, pourvoi nº 16-80.879, *Bull. crim.* 2016, nº 331). Dans cette hypothèse, la « peine n'est que l'effacement de la conséquence illégale de l'infraction, l'enrichissement du condamné » (J.-H. Robert, « Les confiscations et les mesures de leur proportionnalité », *Dr. Pénal* 2017, comm. 2).

Le moyen est également inopérant lorsque la personne mise en examen critique la saisie d'un bien constituant le produit ou l'objet de l'infraction (Crim., 12 octobre 2016, pourvoi nº 16-82.322, *Bull. crim.* 2016, nº 265) ou la saisie en valeur dès lors que celle-ci a porté, sans en excéder le montant, sur la valeur de l'objet ou du produit supposé de l'infraction (Crim., 5 janvier 2017, pourvoi nº 16-80.275, *Bull. crim.* 2017, nº 7).

En revanche, la proportionnalité de l'atteinte portée au droit de propriété, ou au droit au respect de la vie privée et familiale, si elle est invoquée, retrouve ses droits pour la part licite dans les cas où le bien confisqué n'a été financé qu'en partie avec des fonds provenant du produit de l'infraction (Crim., 22 mars 2017, pourvoi nº 16-82.051, *Bull. crim.* 2017, nº 80).

Un raisonnement similaire a été adopté en matière d'urbanisme : la disproportion manifeste entre l'atteinte à la vie privée et familiale et au domicile par rapport aux impératifs d'intérêt général des législations urbanistique et environnementale qui résulterait de la démolition ne saurait être utilement invoquée quand la construction litigieuse est située en zone inondable avec fort aléa (Crim., 16 janvier 2018, pourvoi nº 17-81.884, publié au *Bulletin*).

B. En matière de construction ou empiétement sur la propriété d'autrui au regard de l'article 8 de la Convention EDH et de l'article 1er du premier Protocole additionnel

Dans un arrêt rendu en formation plénière le 10 novembre 2016, la troisième chambre civile avait écarté toute possibilité pour les juges du fond d'effectuer un contrôle de proportionnalité, au regard des règles de droit interne, en matière d'empiétement d'une construction sur le terrain d'autrui : elle avait ainsi jugé que viole l'article 545 du code civil la cour d'appel qui, pour rejeter une demande de démolition formée par le propriétaire d'un fonds, retient que l'empiétement litigieux n'est que de vingt centimètres, qu'il n'est à l'origine d'aucun désordre ni sinistre et que sa rectification serait préjudiciable aux deux parties et disproportionnée en l'absence de préjudice, de tels motifs étant, aux yeux de la Cour de cassation, inopérants (3e Civ., 10 novembre 2016, pourvoi nº 15-19.561, *Bull.* 2016, III, nº 154 ; *Rapport* 2016, p. 220).

Jusqu'à présent, la Cour européenne ne s'est d'ailleurs pas non plus montrée favorable à un contrôle de proportionnalité en matière d'empiétement (CEDH, arrêt du 4 janvier 2012, SCI la Roseraie c. France, n° 14819/08).

Elle avait déjà rappelé, dans un arrêt du 31 mars 2005, que l'article 1er du premier Protocole additionnel à la Convention faisait peser sur les États l'obligation positive de prendre des mesures de protection afin d'assurer l'exercice effectif du droit de propriété et que manquait à cette obligation l'État qui, en l'absence de justification d'intérêt général, refusait d'apporter le concours de la force publique pour exécuter une décision de justice ordonnant l'expulsion des occupants de la propriété du requérant (CEDH, arrêt du 31 mars 2005, Matheus c. France, n° 62740/00; CEDH, arrêt du 21 janvier 2010, Barrett et Sirjean c. France, n° 13829/03).

Elle a estimé en effet qu'une telle inertie portait atteinte au principe du respect de la propriété, aboutissait à une sorte d'expropriation privée dont l'occupant illégal s'était retrouvé bénéficiaire et pouvait conduire à une forme de justice privée, contraire à la prééminence du droit et pouvant avoir des conséquences négatives sur la confiance et la crédibilité du public dans le système juridique.

La Cour européenne ne s'est toutefois pas encore prononcée sur la confrontation des droits au respect de la vie privée et familiale et du domicile au droit de propriété dans l'hypothèse d'un empiétement sur le terrain d'autrui.

La troisième chambre civile, pour sa part, a été appelée à statuer dans une telle hypothèse au regard tant de l'article 1er du premier Protocole additionnel qu'au regard de l'article 8 de la Convention. Dans un arrêt également rendu le 21 décembre 2017, elle a écarté expressément le contrôle de proportionnalité invoqué par les auteurs d'un empiétement pour s'opposer, sur le fondement de l'article 1er du premier Protocole additionnel, à la démolition de partie de leurs constructions empiétant sur le fonds d'un tiers. Elle a ainsi jugé : « que tout propriétaire est en droit d'obtenir la démolition d'un ouvrage empiétant sur son fonds, sans que son action puisse donner lieu à faute ou à abus; que l'auteur de l'empiétement n'est pas fondé à invoquer les dispositions de l'article 1er du Protocole additionnel n° 1 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dès lors que l'ouvrage qu'il a construit méconnaît le droit au respect des biens de la victime de l'empiétement; que la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à des recherches inopérantes, a décidé à bon droit d'ordonner la démolition de la partie du bâtiment et des murs édifiés par M. X… et Mme Y… et empiétant sur le fonds de M. Z… ; » (3e Civ., 21 décembre 2017, pourvoi n° 16-25.406, publié au *Bulletin*).

Dans un arrêt rendu en formation plénière le 17 mai 2018, la troisième chambre civile s'est prononcée dans une affaire où, alors qu'un particulier avait construit une maison sur le terrain d'autrui, le propriétaire de ce terrain avait obtenu des juges du fond la démolition de la maison et l'expulsion de son occupant (3e Civ., 17 mai 2018, pourvoi n° 16-15.792, publié au *Bulletin*). Le moyen de cassation reprochait à la cour d'appel de ne pas avoir exercé un contrôle de proportionnalité au regard de l'article 8 de la Convention, alors même qu'il n'avait pas été demandé aux juges du fond d'opérer un tel contrôle. Dans sa décision, la troisième chambre civile a énoncé que les mesures d'expulsion et de démolition d'un bien construit illégalement sur le terrain d'autrui caractérisent une ingérence dans le droit au respect du domicile de l'occupant, protégé par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés

fondamentales. Elle a rappelé qu'une telle ingérence, fondée sur les articles 544 et 545 du code civil, vise à garantir au propriétaire du terrain le droit au respect de ses biens, protégé par l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et par l'article 1er du Protocole additionnel nº 1 à la Convention.

Opérant ainsi un contrôle de proportionnalité *in abstracto*, elle a jugé que, « l'expulsion et la démolition étant les seules mesures de nature à permettre au propriétaire de recouvrer la plénitude de son droit sur le bien, l'ingérence qui en résulte ne saurait être disproportionnée eu égard à la gravité de l'atteinte portée au droit de propriété ». Elle en a déduit que la cour d'appel n'était pas tenue de procéder à une recherche inopérante, de sorte qu'elle avait légalement justifié sa décision.

Il convient d'observer que les motifs qui viennent d'être rappelés en matière de construction sur la propriété d'autrui ont vocation à s'appliquer en matière d'occupation sans droit ni titre de la propriété d'autrui.

La question du contrôle de proportionnalité est en constante évolution à la Cour de cassation, qui doit sans cesse veiller à la cohérence de ses décisions non seulement au sein de chacune de ses chambres mais également entre les chambres elles-mêmes, au regard notamment de la nature du contrôle effectué sur le contrôle de proportionnalité pratiqué par les juges du fond (le « contrôle du contrôle »), tout ceci dans le respect, que n'exclut pas le nécessaire dialogue des juges, de la jurisprudence de la CEDH.

Pour autant, même limité, le contrôle ainsi exercé produit des effets indirects qui sont loin d'être négligeables.

§ III. Un contrôle aux effets indirects considérables

Sans s'y attarder, on relèvera que la chambre criminelle a nettement accru son contrôle sur l'application de nombreuses dispositions législatives prévoyant un critère de proportion : la proportionnalité d'un cautionnement de plus d'un milliard d'euros imposé à une personne morale mise en examen au regard du montant des sommes, objet des infractions, ainsi que des ressources et charges de la société (Crim., 17 décembre 2014, pourvoi nº 14-86.560, à rapprocher de CEDH, arrêt du 12 janvier 2017, UBS AG c. France, nº 29778/15) ; la proportionnalité d'une saisie pénale en valeur qui ne doit pas excéder la valeur de la chose susceptible de confiscation (Crim., 30 septembre 2015, pourvoi nº 15-81.744, *Bull. crim.* 2015, nº 213 ; Crim., 12 novembre 2015, pourvoi nº 15-83.114, *Bull. crim.* 2015, nº 250).

Parallèlement, le contrôle par le juge de cassation du respect des exigences légales de motivation spéciale, telles qu'en matière de détention provisoire, qui tendent à démontrer la nécessité et la proportionnalité de la décision prise, a été renforcé. Il en a été ainsi du prononcé de la peine d'emprisonnement sans sursis (Crim., 29 novembre 2016, pourvoi nº 15-86.712, *Bull. crim.* 2016, nº 316), ou de la peine d'interdiction du territoire français (Crim., 26 juin 2013, pourvoi nº 13-80.594, *Bull. crim.* 2013, nº 168).

Dans le champ procédural, le renforcement de l'obligation de motivation se révèle également marquant : par exemple, Crim., 6 janvier 2015, pourvoi nº 14-85.448, *Bull. crim.* 2015, nº 5 relatif à l'autorisation du juge d'instruction de mettre en place un dispositif de captation et d'enregistrement de paroles ; Crim., 8 juillet 2015, pourvoi nº 15-81.731, *Bull. crim.* 2015, nº 174 portant sur l'ordonnance autorisant des perquisitions

dans des locaux d'habitation en dehors des heures légales; Crim., 9 février 2016, pourvoi nº 15-85.063, *Bull. crim*. 2016, nº 34 concernant la décision de perquisition du cabinet d'un avocat.

Il convient de se référer aux arrêts rendus au visa du texte de droit interne et de l'article 8 de la Convention EDH concernant l'exigence de motivation propre des ordonnances du juge des libertés et de la détention autorisant des perquisitions, prohibant le seul renvoi à la requête du ministère public (Crim., 23 novembre 2016, pourvoi nº 15-83.649, *Bull. crim.* 2016, nº 307).

Enfin, la logique ayant conduit la chambre criminelle à dégager un principe général de motivation des peines en matière correctionnelle (Crim., 1er février 2017, pourvoi nº 15-84.511, *Bull. crim*. 2017, nº 30; Crim., 1er février 2017, pourvoi nº 15-83.984, *Bull. crim*. 2017, nº 29 et Crim., 1er février 2017, pourvoi nº 15-85.199, *Bull. crim*. 2017, nº 28; *Rapport* 2017, p. 266), n'y est pas non plus étrangère, une telle motivation étant susceptible de favoriser un contrôle de proportionnalité qui n'a pas fini de développer ses effets.

Chapitre 2. L'application du contrat

Le contrôle de proportionnalité s'applique également aux clauses contractuelles et permet de s'assurer qu'elles n'entraînent pas de conséquences excessives pour l'une des parties. Ce contrôle est évidemment lié aux droits fondamentaux, mais ne s'y limite pas comme pourront l'illustrer le contrôle des clauses pénales dans les libéralités (section 1), la jurisprudence relative aux discriminations fondées sur l'âge (section 2), le contrôle des clauses de non-concurrence (section 3) et celui des clauses de mobilité (section 4).

Section 1. Le contrôle de la proportionnalité des clauses pénales dans les donations-partages ou testaments-partages

Lorsqu'un donateur prépare sa future succession, il peut consentir des libéralités à ses descendants. Cette anticipation successorale prend la forme d'une donation-partage entre les héritiers réservataires, lesquels reçoivent des biens ou des lots de biens constitués par le donateur, répartis entre eux selon le choix du donateur. Ces lots ne sont pas nécessairement constitués de biens de même nature, ils peuvent avoir des valeurs différentes.

Afin de préserver les choix du donateur et la répartition qu'il a décidée, l'acte de donation-partage peut prévoir une clause pénale selon laquelle si l'un des héritiers réservataires engage, après le décès, une action en partage judiciaire contre ses cohéritiers, le demandeur à cette action perdra ses droits sur la quotité disponible de la succession. En présence d'une telle action judiciaire pouvant remettre en cause les prévisions du donateur, le demandeur à l'action qui, par hypothèse, a la qualité d'héritier réservataire, sera sanctionné et ne recevra que sa part de réserve prévue par les dispositions impératives du code civil (articles 912 et suivants). La part du contestant sur la quotité disponible sera alors répartie entre les autres héritiers.

Une clause pénale similaire peut figurer dans un testament-partage, ou dans un testament-partage entre plusieurs générations de descendants, dont la Cour de cassation a récemment reconnu la validité (1re Civ., 7 novembre 2012, pourvoi nº 11-23.396, *Bull.* 2012, I, nº 237). Là aussi, le testateur dispose de ses biens, les répartit entre ses héritiers et assure le respect de sa volonté par la clause pénale.

Selon une jurisprudence ancienne, la Cour de cassation reconnaissait la validité de cette clause pénale figurant dans une donation-partage et l'appliquait à l'héritier réservataire venant contester la répartition opérée après le décès du donateur (1re Civ., 9 octobre 1961, pourvoi nº 59-12.833, *Bull.* 1961, I, nº 442 ; 1re Civ., 3 décembre 1991, pourvoi nº 90-10.055 ; 1re Civ., 20 février 2007, pourvoi nº 04-16.461, *Bull.* 2007, I, nº 74).

Ainsi, cet héritier ne recevait que sa part de réserve, à l'exclusion de sa part dans la quotité disponible. Cette sanction dissuasive permettait au disposant de faire respecter sa volonté au-delà de son décès.

Toutefois, la Cour de cassation réputait non écrite cette clause pénale lorsqu'elle avait pour effet de préserver des dispositions contraires à l'ordre public successoral, telle une libéralité portant atteinte à la réserve héréditaire, dès lors que l'action engagée par l'héritier réservataire était jugée fondée (1re Civ., 10 mars 1970, pourvoi nº 68-13.205, *Bull.* 1970, I, nº 89; 1re Civ., 25 juin 2002, pourvoi nº 00-11.574, *Bull.* 2002, I, nº 175).

L'exception au principe d'application de la clause pénale insérée dans une donation-partage ou un testament-partage était d'application très limitée.

Cependant, sous l'influence de la jurisprudence développée par la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'accès au juge (article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales), la Cour de cassation a assoupli sa jurisprudence en pratiquant un contrôle de proportionnalité lors de la mise en œuvre de ces clauses pénales.

Ainsi, par un arrêt de cassation prononcé au visa de l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la Cour de cassation a reproché à une cour d'appel de n'avoir pas recherché si l'application d'une clause pénale insérée dans une donation-partage, stipulant que si l'acte venait à être attaqué par l'un ou l'autre des donataires, pour quelque cause que ce soit, celui-ci serait privé de toute part dans la quotité disponible, avait pour effet de porter une atteinte excessive au droit d'agir en justice de certains donataires (1re Civ., 16 décembre 2015, pourvoi nº 14-29.285, *Bull.* 2015, I, nº 322).

Poursuivant dans cette nouvelle direction, la Cour de cassation retient désormais qu'une clause pénale insérée dans un testament imposant aux héritiers un partage amiable, sous peine de perdre tout droit sur la quotité disponible en cas de demande d'un partage judiciaire, peut être réputée non écrite : « la clause litigieuse est de nature à interdire, en raison de ses conséquences préjudiciables, la cessation de l'indivision en cas de refus d'un indivisaire de procéder à un partage amiable ou en l'absence d'accord sur les modalités de celui-ci; qu'après avoir constaté qu'en dépit des partages partiels intervenus, les immeubles étaient indivis depuis plus de vingt ans, la cour d'appel a pu décider que cette clause, qui avait pour effet de porter une atteinte excessive au droit absolu, reconnu à tout indivisaire, de demander le partage, devait être réputée non écrite » (1re Civ., 13 avril 2016, pourvoi nº 15-13.312, *Bull.* 2016, I, nº 90).

Toutefois, les juges du fond ne sont pas tenus de rechercher d'office si la clause d'exhérédation contenue dans un testament porte une atteinte disproportionnée au droit d'accès à un tribunal garanti par l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (1re Civ., 5 octobre 2016, pourvoi nº 15-25.459, *Bull.* 2016, I, nº 189).

Le procès civil étant la chose des parties, il leur appartient de soulever les moyens de droit pertinents et de caractériser le résultat concret de l'application de la clause pénale, lequel peut révéler une atteinte excessive au droit d'accès au juge et au droit, pour tout indivisaire, d'obtenir un partage.

Section 2. La jurisprudence sur la discrimination en raison de l'âge

La prohibition des discriminations fondées sur l'âge était inconnue en droit français avant l'entrée en vigueur de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. Si les articles 1er et 2 de cette directive appliquent, en matière de différences de traitement fondées sur l'âge, les notions de discriminations directe et indirecte, en revanche, son article 6, § 1, institue une possibilité de justification spécifique à ce motif de discrimination. Ainsi, « nonobstant l'article 2, paragraphe 2, les États membres peuvent prévoir que des différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées, dans le cadre du droit national, par un objectif légitime, notamment par des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle, et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires ».

Le principe de proportionnalité est ainsi expressément reconnu.

Ce principe peut toutefois être appréhendé de deux manières, soit de façon très concrète : la décision de mise à la retraite d'un salarié du fait de l'âge atteint devant être justifiée au cas par cas par l'employeur, soit de manière plus abstraite, la Cour de cassation confrontant alors les dispositions normatives en cause aux exigences de la directive européenne.

Lors d'une audience thématique consacrée au principe de non-discrimination en raison de l'âge, en octobre 2013, la chambre sociale a décidé de faire une distinction en jugeant que, dès lors que l'on se trouvait dans le cadre du régime légal de mise à la retraite qu'elle considère comme conforme au droit de l'Union européenne, le respect des conditions mises par le code du travail à la mise à la retraite du salarié suffit à justifier la décision de l'employeur au regard de la directive du 27 novembre 2000 précitée quant à la prohibition des discriminations fondées sur l'âge, la décision de l'employeur étant dès lors nécessairement proportionnée (Soc., 26 novembre 2013, pourvois nº 12-22.200 et nº 12-21.758, *Bull.* 2013, V, nº 283).

En revanche, lorsqu'il s'agit de dispositions spécifiques à une entreprise (SNCF, EDF, Opéra de Paris), en l'absence de dérogations de valeur législative, l'employeur doit démontrer que sa décision de mise à la retraite est justifiée par des raisons légitimes, nécessaires et proportionnées même si sa décision est conforme au statut réglementaire dont l'entreprise relève (pour la SNCF : Soc., 16 février 2011, pourvoi nº 10-10.465, *Bull.* 2011, V, nº 50 ; Soc., 9 février 2012, pourvoi nº 10-28.651 ; Soc., 26 novembre 2013,

pourvoi n° 12-18.317, *Bull.* 2013, V, n° 284; Soc., 7 mai 2014, pourvoi n° 13-13.934; s'agissant d'EDF : Soc., 16 février 2011, pourvoi n° 09-72.061, Bull. 2011, V, n° 52; Soc., 27 juin 2012, pourvoi n° 10-27.220; pour l'Opéra de Paris : Soc., 11 mai 2010, pourvoi n° 08-43.681, *Bull.* 2010, V, n° 105).

La chambre sociale a donc validé, au regard de la directive du 27 novembre 2000 précitée, les dispositions générales de l'article L. 1237-5 du code du travail, tel qu'issu de la loi n° 2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites, en ce qu'elles permettent le maintien d'un système dérogatoire de mise à la retraite dès soixante ans lorsque des contreparties en termes d'emploi sont prévues par une convention collective ou un accord collectif étendu conclus avant le 1er janvier 2008 (s'agissant de l'accord de branche des sociétés d'assurance : Soc., 10 juillet 2013, pourvoi n° 12-19.740, *Bull.* 2013, V, n° 193 ; s'agissant de l'accord national du bâtiment et travaux publics : Soc., 26 novembre 2013, pourvoi n° 12-24.690, *Bull.* 2013, V, n° 285 ; s'agissant de la convention collective nationale des ingénieurs et cadres de la métallurgie : Soc., 20 mai 2014, pourvoi n° 12-29.565, *Bull.* 2014, V, n° 125).

En revanche, l'article L. 421-9 du code de l'aviation civile, prévoyant antérieurement la cessation obligatoire des fonctions de pilote de ligne à soixante ans a été déclaré incompatible avec les dispositions des articles 2, § 5, et 6, § 1, de la directive du 27 novembre 2000 précitée (Soc., 11 mai 2010, pourvoi n° 08-45.307, *Bull.* 2010, V, n° 105 ; Soc., 3 juillet 2012, pourvoi n° 11-13.795, *Bull.* 2012, V, pourvoi n° 205 ; Soc., 12 juin 2014, pourvoi n° 13-16.527), dès lors que les recommandations de l'Organisation de l'aviation civile internationale admettent expressément que, sous certaines conditions, l'exercice du métier de pilote de ligne pouvait se poursuivre après cet âge et que, si la limitation à soixante ans de l'exercice du métier de pilote dans le transport aérien public poursuivait un but de sécurité aérienne, elle n'était pas nécessaire à la satisfaction de cet objectif. Il en a été de même des dispositions antérieures des articles 4.1 et 4.2 du règlement du personnel navigant commercial d'Air France (Soc., 21 septembre 2017, pourvois n° 16-10.291 et n° 16-10.292, publiés au *Bulletin*). Cette jurisprudence de la chambre sociale est en tout point conforme à celle de la Cour de justice de l'Union européenne sur les limites d'âge en ce qui concerne les pilotes de ligne (CJUE, arrêt du 13 septembre 2011, Prigge, C-447/09).

De même, l'instauration d'une période minimale d'affectation pour postuler à un stage de qualification pour la conduite de certains aéronefs et le refus consécutif de l'employeur de permettre l'accès à ce stage de qualification compte tenu de l'âge du salarié proche de la retraite constitue une discrimination, l'argument de la société relatif à la rentabilité du coût de la formation, selon lequel le navigant qui a atteint soixante ans serait susceptible de ne pas renouveler sa demande annuelle de poursuite de son activité jusqu'à l'expiration de la durée minimale d'affectation ou de ne plus pouvoir assurer des vols, suite aux visites médicales auxquelles il est soumis, étant jugé inopérant, tout navigant pouvant, à un moment quelconque de sa carrière et quel que soit son âge mettre fin au contrat de travail ou ne plus être autorisé à piloter en raison d'un problème de santé (Soc., 18 février 2014, pourvoi n° 13-10.293).

Le régime des industries électriques et gazières résultant du décret n° 54-50 du 16 janvier 1954 prévoyant la mise à la retraite d'office des agents ayant atteint cinquante-cinq ans, âge d'ouverture des droits à pension d'ancienneté pour les agents ayant accompli plus de quinze ans de services actifs, a pareillement été remis en cause

devant la chambre sociale en application du principe de proportionnalité (Soc., 14 septembre 2017, pourvoi nº 15-17.714, publié au *Bulletin* ; Soc., 9 mars 2016, pourvoi nº 14-25.840, *Bull.* 2016, V, nº 45). Dans ces deux décisions, la chambre sociale casse les arrêts des cours d'appel qui avaient validé la mise à la retraite d'office, sans rechercher si l'objectif de protection de la santé des agents ayant accompli quinze ans de service actif était étayé par des éléments précis et concrets tenant à la répercussion des travaux accomplis durant ses services actifs sur l'état de santé du salarié lors de sa mise à la retraite (premier arrêt), ou sans rechercher si la mise en inactivité anticipée était un moyen approprié et nécessaire, alors même que la cour d'appel avait constaté que le salarié occupait depuis cinq ans un poste administratif et que son médecin traitant l'avait déclaré en mesure de poursuivre une activité professionnelle (deuxième arrêt).

Une cassation similaire fondée sur le principe de proportionnalité a été prononcée s'agissant du régime des employés, techniciens et agents de maîtrise affiliés à la caisse de retraite des employés des mines qui sont soumis, en ce qui concerne la couverture de leurs droits à rente ou pension d'ancienneté normale, proportionnelle ou complémentaire, aux dispositions du décret du 27 novembre 1946 (Soc., 30 juin 2015, pourvoi nº 13-28.201, *Bull.* 2015, V, nº 134).

Il est à remarquer que la cassation a été prononcée sur un moyen présenté pour la première fois devant la Cour de cassation mais déclaré recevable, les juges du fond devant appliquer la directive communautaire consacrant un principe général du droit de l'Union.

Par ailleurs, la chambre sociale fait application des principes de loyauté dans l'exécution du contrat de travail et de nécessité en acceptant de considérer comme un licenciement discriminatoire en raison de l'âge, et donc nul, la mise à la retraite précipitée dans le but pour l'employeur de se soustraire à l'application prochaine d'une législation sur la mise à la retraite plus restrictive (Soc., 15 janvier 2013, pourvoi nº 11-15.646, *Bull.* 2013, V, nº 8). Selon cet arrêt, une cour d'appel, qui a souverainement estimé qu'il était établi que l'employeur avait, en prononçant la mise à la retraite du salarié, agi précipitamment et dans le but de se soustraire aux nouvelles conditions de mise à la retraite alors en discussion devant le Parlement, notamment en effectuant l'entretien préalable exigé par la convention collective de façon précipitée et sans que le salarié soit informé préalablement de son objet ainsi qu'en allongeant le délai de préavis de trois mois prévu par la convention collective sans en justifier objectivement la nécessité, a pu décider que l'employeur avait manqué à l'obligation d'exécuter loyalement le contrat de travail et que la mise à la retraite constituait une discrimination fondée sur l'âge et dès lors un licenciement nul (voir également Soc., 25 septembre 2013, pourvoi nº 12-20.686). Si l'arrêt n'évoque pas expressément le principe de proportionnalité, il se réfère en revanche au principe de nécessité, qui en est une variante.

Enfin, la chambre sociale n'a pas admis des différences d'indemnisation en fonction de l'âge dans un plan de suppressions d'emplois et a cassé, au visa de l'article L. 1133-2 du code du travail, l'arrêt d'une cour d'appel qui avait retenu que ces différences ne constituent pas une discrimination dès lors que les salariés plus jeunes subissent un préjudice de carrière plus important et une minoration dans l'acquisition des droits à la pension de retraite, de tels motifs généraux étant « insuffisants à caractériser la poursuite d'un but légitime ainsi que le caractère nécessaire et approprié des moyens mis en œuvre pour l'atteindre » (Soc., 9 octobre 2012, pourvoi nº 11-23.142, *Bull.* 2012, V, nº 254).

Section 3. Le principe de libre exercice d'une activité professionnelle au regard duquel ont été définies les règles de validité des clauses de non-concurrence

Les clauses dont peut être assorti un contrat de travail ne sont pas, le plus souvent, réglementées par le code du travail (si, ce n'est depuis peu, la clause de période d'essai). Elles ne le sont pas davantage par le code civil puisque, par hypothèse, elles ne sont pas communes à tous les contrats mais sont spécifiques au contrat de travail. En l'absence de disposition légale les réglementant, elles obéissent donc au principe de la liberté contractuelle à moins que, dans leurs modalités d'application ou dans leur existence même, elles ne viennent heurter un principe supérieur. En réalité, le plus souvent dans la pratique, elles ont d'abord été régies par le principe de la liberté contractuelle jusqu'à ce qu'une jurisprudence récente ne vienne les réglementer parce qu'elles portaient atteinte à des principes ou libertés fondamentaux.

Ainsi en est-il des clauses de non-concurrence dont l'objet est d'interdire à un salarié après la rupture de son contrat de travail l'exercice de certaines activités propres à concurrencer son ancien employeur. On voit bien que de telles clauses peuvent être redoutables pour le salarié dans la mesure où elles sont de nature à l'empêcher de retrouver une activité dans un domaine de sa compétence après la rupture de son contrat. Elles peuvent par ailleurs sembler contraires à la liberté du travail visée par l'article 6-1 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1996 et à la liberté d'entreprendre dont la valeur constitutionnelle a été maintes fois affirmée (Cons. const., 16 janvier 1982, décision n° 81-132 DC, Loi de nationalisation).

Pour autant, jusqu'au début des années 1990, ces clauses bénéficiaient d'une licéité de principe, la seule condition de leur validité étant qu'elles soient limitées dans le temps *ou* dans l'espace. Ce n'est qu'à partir du début des années 1990 qu'est posée, au détour de la réponse de la Cour de cassation dans un arrêt de rejet, la règle selon laquelle, pour être opposable au salarié, une clause de non-concurrence « doit être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise » (Soc., 14 mai 1992, pourvoi n° 89-45.300 *Bull.* 1992, V, n° 309). Encore n'est-il pas indiqué sur la base de quel principe cette condition nécessaire de validité (d'une clause de non-concurrence) est énoncée. Un arrêt de cassation ultérieur est plus précis sur ce point : au visa de l'article 7 de la loi des 2 et 17 mars 1791 (portant suspension de tous les droits d'aides, de toutes les maîtrises et jurandes et établissement des droits de patente) et du principe constitutionnel de la liberté du travail, il pose, « qu'ayant pour effet d'apporter une restriction au principe de la liberté du commerce et de l'industrie […] et à la liberté du travail, garantie par la Constitution, la clause de non-concurrence insérée dans un contrat de travail n'est licite que dans la mesure où la restriction de liberté qu'elle entraîne est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise » (Soc., 19 novembre 1996, pourvoi n° 94-19.404, *Bull.* 1996, V, n° 392). Mais il n'est pas sûr qu'il y ait un principe constitutionnel de la liberté du travail et ce n'est en tout cas pas à la Cour de cassation qu'il appartient de l'énoncer dès lors que ce principe ne découle pas expressément de la Constitution.

Il faut donc attendre un arrêt du 10 juillet 2002 pour que la Cour de cassation dégage de manière purement prétorienne quatre conditions cumulatives de validité

sans lesquelles une clause de non-concurrence ne saurait être valable : ainsi une telle clause n'est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié et comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière (Soc., 10 juillet 2002, pourvoi nº 00-45.135 *Bull.* 2002, V, nº 239, *Rapport* 2002, p. 349).

Et pour dégager ces quatre conditions de validité d'une clause de non-concurrence, la Cour de cassation s'appuie sur un principe qu'elle crée elle-même, le principe de libre exercice d'une activité professionnelle lequel doit être lu en lien avec le texte de l'article L. 120-2 du code du travail qui régit les droits de la personne et libertés individuelles et collectives du salarié.

Ainsi, dans cet arrêt, la Cour de cassation pose tout à la fois *proprio motu* le principe de référence qui la guide et va servir de visa dans les arrêts de cassation et les conditions qui en découlent quant aux règles de validité des clauses de non-concurrence.

Section 4. Les clauses de mobilité

Dans un arrêt relatif à une clause de mobilité d'un salarié occupant des fonctions de chef de chantier dans la région de Lorient et affecté temporairement au Havre, la chambre sociale a vérifié que la cour d'appel avait examiné que l'affectation occasionnelle était motivée par l'intérêt de l'entreprise, qu'elle était justifiée par des circonstances exceptionnelles et que le salarié avait été informé préalablement, dans un délai raisonnable, du caractère temporaire de celle-ci et de sa durée prévisible, avant de rejeter le pourvoi, notamment fondé sur l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la chambre relevant par ailleurs que la cour d'appel avait retenu que le salarié ne donnait aucune précision sur sa vie privée et familiale qu'il estimait atteinte par le détachement qui lui était imposé sur un chantier trop éloigné de son lieu de résidence (Soc., 22 mars 2018, pourvoi nº 16-19.156).

POST-FACE

Par Monsieur Bertrand Louvel, premier président de la Cour de cassation

« La Cour de cassation est-elle douée […] au sens fort du terme d'un rôle normatif ? ». C'est ainsi que s'interroge l'introduction de cette étude. On pourrait s'étonner qu'une telle question se pose encore aujourd'hui. Pourtant, elle est toujours d'actualité et génère des débats passionnés au sein de la communauté juridique. Il y a des évidences qui ne se suffisent pas à elles-mêmes : il faut les démontrer. C'est le pari réussi de cette étude sur le rôle normatif de la Cour de cassation.

Cette nécessité de démonstration s'explique par l'existence d'un décalage entretenu entre deux discours : un discours idéaliste, héritier d'une vision révolutionnaire théorique et intellectuelle, et un discours réaliste qui s'attache à décrire *ce qui est réellement* au-delà de certaines fictions juridiques.

Cette vision idéaliste de la loi omnipotente est maintenue, encore aujourd'hui, au nom de l'attachement à une idéologie judiciaire traditionnelle. Il est vrai que la justice est une philosophie et une culture avant d'être une fonction, un ensemble de procédures et le socle indispensable de l'État de droit. La culture doit être préservée, certes, mais elle doit aussi évoluer et s'adapter, dans un objectif de cohérence, indispensable à l'expression d'une justice transparente, intelligible, pragmatique et efficace.

L'analyse concrète de la jurisprudence de la Cour de cassation, l'observation et la prise en compte des réalités judiciaires contemporaines permises par cette étude mettent en exergue le caractère doublement illusoire de ce discours idéaliste révolutionnaire – le juge « bouche de la loi » – et justifient, dès lors, la reconnaissance d'un rôle normatif de la Cour de cassation.

La première manifestation du caractère illusoire de la vision traditionnelle du rôle de la Cour de cassation se loge dans l'incapacité du législateur, depuis toujours, à prévoir toutes les situations conflictuelles. Le système français légicentré place naturellement la loi au centre des préoccupations politiques et juridiques. Sa toute-puissance est affirmée à l'Assemblée constituante à la fin du XVIIIe siècle avec force ; en témoigne l'intransigeance de Robespierre : « Ce mot de jurisprudence des tribunaux […] doit être effacé de notre langue. Dans un État qui a une constitution, une législation, la jurisprudence des tribunaux n'est autre chose que la loi. » Cette idéologie légaliste est ensuite constitutionnellement garantie en 1791 : « Il n'y a point en France d'autorité supérieure à celle de la loi » (Constitution de 1791, titre III, chapitre II, section 1, article 3).

Pourtant, il apparaît comme une évidence que le législateur ne peut pas tout prévoir. Portalis le rappelait dans son discours préliminaire du premier projet de code civil : « L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit : d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière. » (J.-E.-M. Portalis, *Discours préliminaire*

au premier projet de code civil, Bordeaux, Éditions Confluences, 2004). L'article 4 du code civil reconnaît lui-même que la loi peut être silencieuse, obscure et insuffisante.

En raison de cette incomplétude de la loi, le juge intervient. Portalis, toujours, exprimait en ce sens que « C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application ». L'abrogation du référé législatif en 1837 et l'affirmation du pouvoir d'interprétation de la Cour de cassation ont conduit à lui reconnaître un monopole dans l'exercice de ce pouvoir. C'est ainsi que, dans sa décision du 20 juillet 1977, le Conseil constitutionnel a retenu que « la Cour de cassation a pour mission de dire le droit de façon définitive quand la doctrine du premier arrêt de cassation n'a pas été adoptée par la cour d'appel de renvoi ; que le législateur donne dans ce cas compétence à l'assemblée plénière […] afin d'assurer une certaine stabilité à l'interprétation souveraine de la loi donnée par la Cour de cassation » (Cons. const., 20 juillet 1977, décision n° 77-99 DC, Nature juridique de dispositions contenues dans divers textes relatifs à la Cour de cassation, à l'organisation judiciaire et aux juridictions pour enfants).

« Législateur des cas particuliers » selon Ripert, le juge aménage et crée parfois la règle de droit. Il n'émane donc pas de son activité qu'un seul rôle d'application de la loi mais également un pouvoir normatif efficient : il crée la norme en marge ou à partir des textes ; il la perfectionne, autant dans le contenu que dans la portée.

Cette expansion du rôle normatif de la Cour de cassation est aussi intimement liée à ce qui se présente comme une crise de la loi, déjà perceptible au XIXe siècle sous la plume de Pellegrino Rossi : « Le corps social et la loi civile ne paraissent plus faits exactement l'un pour l'autre, et rien n'annonce que ce désaccord soit chose accidentelle et passagère […] Le Code, image fidèle de la société rajeunie, perd tous les jours un peu de cette fidèle ressemblance. » (P. Rossi, « Observations sur le droit civil français dans ses rapports avec l'état économique de la société », *in Revue de législation et de jurisprudence*, 1840, n° 1, p. 6).

Le législateur moderne n'a pas dépassé cet écueil : son caractère beaucoup plus concentrique et moins général que l'ancien aboutit à des phénomènes d'inflation législative et de manque de clarté de la loi entretenant alors une crise législative dans laquelle le juge trouve encore toute sa place en tant qu'interprète et cocréateur de la norme.

La deuxième manifestation du caractère illusoire de la vision traditionnelle du rôle de la Cour de cassation résulte du profond renouvellement du paysage juridique et judiciaire. L'image révolutionnaire d'une loi toute-puissante ne souffrant d'aucune concurrence en termes d'autorité est indéniablement dépassée. La loi française, par la volonté du législateur lui-même, est en position de subordination à des normes supérieures constitutionnelles, européennes et internationales dont le contenu procède largement de l'interprétation des juges. Cette évolution contextuelle implique que la loi soit compatible avec des droits supérieurs auxquels elle ne peut porter atteinte.

La Cour de cassation est un agent de la cohérence de ces textes divers et variés, tant dans leur origine que dans leur portée. L'environnement normatif national et international est rapidement évolutif. Il pousse à la mutation de l'office de la Cour de cassation : d'un pouvoir normatif, individuel et particulier à l'origine, s'affirme un pouvoir normatif plus collectif et général.

Si ce phénomène de « tamisage judiciaire » de la loi peut apparaître de prime abord comme une contrainte, il constitue pourtant une réelle opportunité. La Cour de cassation voit s'ajouter à ses prérogatives historiques de nouvelles fonctions, par la voie de la procédure de question prioritaire de constitutionnalité ainsi que par le contrôle de conventionnalité dans sa nouvelle dimension *in concreto*, également appelé contrôle de proportionnalité. L'entrée en vigueur du Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du Conseil de l'Europe, qui ouvre la possibilité pour la Cour de cassation d'une demande d'avis à la Cour européenne des droits de l'homme à l'occasion d'un litige dont elle est saisie, va encore enrichir les instruments procéduraux dont elle dispose pour nourrir sa réflexion et assurer son office au mieux des intérêts d'un justiciable international qui souhaite trouver une même sécurité juridique où qu'il se trouve dans le monde. Il apparaît dès lors difficile de nier aujourd'hui le changement de nature de la Cour de cassation, à la fois cour supérieure nationale, juge constitutionnel partiel et juge de droit commun des droits européen et international.

Dans ce contexte d'office en mutation, le rôle normatif de la Cour de cassation s'affirme, toujours plus, dans une dynamique réaliste et pragmatique, avec comme objectif de répondre à plusieurs impératifs : celui de la nécessité de combler les lacunes de la loi et celui de la cohérence institutionnelle, afin de s'adapter à l'environnement juridictionnel national et international.

La culture judiciaire française ne peut se satisfaire des représentations fantasmées, figées et archaïques. L'affirmation, l'adaptation et le renouvellement de l'office de la Cour de cassation sont nécessaires à l'expression intelligible du droit contemporain et à l'exercice efficace de la justice.

Par une identité remodelée pour le présent et pour l'avenir, la Cour de cassation pallie l'inévitable impuissance de la loi à régir complètement les situations individuelles et tente de bâtir, à partir d'un environnement normatif de plus en plus complexe, un ordonnancement juridique cohérent. C'est ce qu'a entendu montrer – scientifiquement et objectivement – avec la rigueur et la clarté comme principales qualités, la présente étude.

TABLE DES MATIÈRES